Die gesetzliche Haftung des Schenkers einer Forderung nach gemeinem Rechte und dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Claus Frauen
aus Altona.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Approbiert am 29. November 1907.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1909.

103

Referent: Universitäts-Professor Dr. Binder.

Meinem Bruder Hermann

gewidmet.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Einleitung. Begrenzung des Themas 1

1. Kapitel.

Die gesetzliche Haftung des Schenkers einer Forderung nach gemeinem Rechte.

§ 2. Abschn. I: Die bis in die Mitte des 19. Jahrhunderts herrschend gewesene Ansicht und der Nachweis ihrer Unrichtigkeit 3
Abschn. II: Die wesentlichen Arten der Schenkung 6
Abschn. III: Erläuterung des Begriffes der Haftung 7
Abschn. IV: Das leitende Prinzip, auf Grund dessen die Haftung des Schenkers einer Forderung zu bestimmen ist . 9

1. Abteilung.

Die Haftung des Schenkers für die juristische Realisierbarkeit der Forderung.

§ 3. Der Fall der donatio cedendo 15
Abschn. I: Die Haftung für Einreden bezw. Nichtklagbarkeit der Forderung 15
Abschn. II: Die Haftung für die Nichtexistenz der Forderung . 17
§ 4. Die Fälle der donatio promittendo 18
Abschn. I: Die Haftung für Einreden bezw. Nichtklagbarkeit der Forderung 18
Abschn. II: Die Haftung für die Nichtexistenz der Forderung . 29

2. Abteilung.

§ 5. Die Haftung des Schenkers für die faktische Realisierbarkeit der Forderung 30
Abschn. I: Die Fälle der donatio cedendo und der donatio promittendo bezügl. einer in specie bestimmten Forderung 30
Abschn. II: Der Fall der donatio promittendo bezüglich einer in genere bestimmten Forderung 31

3. Abteilung.

§ 6. Die dolose Schenkung 35
Abschn. I: Begriff des dolus 35
Abschn. II: Die Haftung des dolosen Schenkers 36

2. Kapitel.

Die gesetzliche Haftung des Schenkers einer Forderung nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

1. Abteilung.

§ 7. Die Haftung des Schenkers für die juristische Realisierbarkeit der Forderung 37

Seite

Abschn. I: Die einschlägigen Gesetzesstellen 37
Abschn. II: Die Haftung des Schenkers für den Fall, daß die Forderung zu seinem eigenen Vermögen gehörte . 39
Abschn. III: Die Haftung des Schenkers für den Fall, daß er die Forderung erst erwerben sollte 43

2. Abteilung.

§ 8. Die Haftung des Schenkers für die faktische Realisierbarkeit der Forderung 51
Abschn. I: Die einschlägige Gesetzesstelle 51
Abschn. II: Die Haftung des Schenkers für den Fall, daß die Forderung zu seinem eigenen Vermögen gehörte . 52
Abschn. III: Die Haftung des Schenkers für den Fall, daß er die Forderung erst erwerben sollte 54

3. Abteilung.

§ 9. Begriff der Arglist und der groben Fahrlässigkeit 57
Abschn. I: Begriff der Arglist 57
Abschn. II: Begriff der groben Fahrlässigkeit 58

Literaturverzeichnis.

Arndts Ritter v. Arnesberg, Lehrbuch der Pandekten. Stuttgart 1877.
Baron, Pandekten. Leipzig 1872.
Bechmann, System des Kaufs nach gemeinem Recht. Teil 2. Erlangen 1884.
Bekker, Zur Lehre von der Eviktionsleistung. Im Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts von Bekker, Muther und Stobbe. Leipzig 1863.
Brinz, Die Prästation unmöglicher Leistungen. In der Kritischen Überschau der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft Bd. 5. München 1857.
Brunnemann, tractatus succinctus de cessione actionum et versuris. Wittebergae 1697.
Cohn, Die Verpflichtung des Schenkers zur Gewährleistung wegen eines Mangels im Rechte nach gemeinem Recht und Bürgerlichem Gesetzbuch. Berlin 1903.
Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 1. Jena 1903.
Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 2. Tübingen und Leipzig 1902.
Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. Bd. 2 Abt. 1. Halle 1899.
Dernburg, Pandekten. Bd. 1 u. 2. Berlin 1902 u. 1903.
Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. Berlin 1903.
Fabian, Die Gewährleistungspflicht des Schenkers nach römischem und gemeinem Recht, sowie nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Inaug.-Dissert. Erlangen. Königsberg 1899.
Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch. München 1902.
Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandekten. Teil 16 und 20. Erlangen 1814 u. 1819.
Göschen, Vorlesungen über das gemeine Zivilrecht. Göttingen 1843.
Haidlen, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Stuttgart 1897.
Hartmann, Die Obligation. Erlangen 1875.
Jhering, culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen. In den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts Bd. 4. Jena 1861.
Koch, Das Recht der Forderungen nach gemeinem und preußischem Recht. Bd. 2. Berlin 1859.
Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. Berlin 1900.
Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht. Abt. 1: Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse. Braunschweig 1853.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Bd. 2. Berlin und Leipzig 1888.

Mühlenbruch, Die Lehre von der Zession der Forderungsrechte. Stuttgart 1836.

Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Berlin 1905.

Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1906.

Ortloff, Die Schenkung. Im Archiv für bürgerliches Recht von Kohler, Ring und Oertmann Bd. 21. Berlin 1902.

Planck, Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1907.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 2. Berlin 1898.

Puchta, Pandekten. Leipzig 1877.

Savigny, System des heutigen römischen Rechts. Berlin 1841.

Schliemann, Die Haftung des Zedenten. Rostock und Schwerin 1850.

Schmidt, Die Haftung des Schenkers für Mängel im Rechte und für Mängel der verschenkten Sache nach gemeinem Rechte und dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Inaug.-Dissert. Greifswald. Greifswald 1902.

Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im Bürgerlichen Gesetzbuch. Berlin 1904.

Sintenis, Das praktische gemeine Zivilrecht. Bd. 2. Leipzig 1861.

Staudinger, Recht der Schuldverhältnisse. München 1906.

Thibaut, Zivilistische Abhandlungen. 4. Abhandlung. Heidelberg 1814.

Thöl, Handelsrecht. Bd. 1 u. 2. Göttingen 1862 und Leipzig 1878.

Unterholzner, Quellenmäßige Zusammenstellung der Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen mit Berücksichtigung der heutigen Anwendung. Bd. 2. Leipzig 1840.

v. Vangerow, Lehrbuch der Pandekten. Bd. 1—3. Marburg und Leipzig 1863, 1867, 1869.

Weber, Beiträge zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden. Schwerin und Wismar 1803.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. 2. Frankfurt a. M. 1906.

Windscheid, Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht. Abt. 1: Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse. In der Kritischen Zeitschrift für die gesamte Rechtswissenschaft Bd. 2. Heidelberg 1855.

§ 1.

Einleitung. Begrenzung des Themas.

Wenn in dieser Arbeit die gesetzliche Haftung des Schenkers einer Forderung erörtert werden soll, so erscheint es eigentlich überflüssig, besonders hervorzuheben, daß nur die Haftung desjenigen, der eine Forderung schenkungsweise abtritt — mag die Schenkung erfolgen durch die Zession selbst (donatio cedendo), oder mag sie erfolgen durch das Versprechen, eine Forderung abtreten zu wollen (donatio promittendo)[1] — Gegenstand der Prüfung sein und damit die übrigen Arten der rechtsgeschäftlichen Zession (z. B. die auf Grund eines Kaufvertrages erfolgende Zession) sowie alle Fälle, in welchen die Abtretung nicht auf einem Rechtsgeschäft beruht, sondern in einer gesetzlichen Verpflichtung ihren Grund hat (z. B. die Abtretung einer Forderung an den Vermächtnisnehmer seitens des mit dem Vermächtnis der Forderung beschwerten Erben, die Abtretung einer durch Ausführung eines Auftrages erworbenen Forderung seitens des Beauftragten an den Auftraggeber), von unserer Untersuchung ausscheiden sollen. Nur mit Rücksicht darauf, daß bis in die Mitte des 19. Jahrhunderts die Wichtigkeit der causa cessionis, d. h. des Rechtsgrundes der Vornahme der Zession, für die Haftung der Zedenten völlig verkannt worden ist,[2] mag diese Beschränkung unserer Aufgabe nochmals hervorgehoben werden.

In den Kreis der Untersuchung sollen ferner nur die Fälle der einfachen Forderungsabtretung gezogen werden, d. h. diejenigen Fälle, in denen der Zessionar ein Recht, welches bisher dem Zedenten zustand, und zwar in demselben Umfange wie es diesem zustand, erwirbt; es sollen diejenigen Fälle ausscheiden, in denen der Erwerber ein neues, von dem Rechte seines Rechtsvorgängers unabhängiges Recht erwirbt, wie bei der Indossierung der durch Indossament übertragbaren Urkunden (Wechsel, kaufmännische Anweisung, kaufmännischer Verpflichtungsschein).[3]

---

[1] Über die verschiedenen Arten der Schenkung einer Forderung vgl. § 2 Abschn. II.

[2] vgl. § 2 Abschn. I.

[3] vgl. Thöl Bd. 1 § 124, Bd. 2 §§ 113, 114.

Desgleichen sollen diejenigen Fälle beiseite gelassen werden, wo zugleich mit der abgetretenen Forderung Akzessionen derselben, wie Forderungen gegen Bürgen und Pfandrechte, mitübertragen worden sind, somit event. die Frage, inwieweit eine Haftung des Zedenten für diese Akzessionen eintritt, geprüft werden müßte.

Zu bemerken ist ferner, daß der Wortlaut unserer Aufgabe, genau genommen, über den Rahmen der beabsichtigten Untersuchung hinausgeht. Unsere Aufgabe soll lediglich die Untersuchung der Frage sein, inwieweit derjenige, der eine Forderung schenkungshalber abtritt, dem Zessionar haftet, d. h. inwieweit der Zessionar den Zedenten in Anspruch nehmen kann für den Fall, daß der Zessionar vom debitor cessus keine oder nur teilweise Befriedigung erhalten kann. Nur diese eine Seite der Rechtsbeziehungen, welche durch die Zession zwischen dem Zedenten und dem Zessionar entstehen — allerdings die Hauptseite —, soll ins Auge gefaßt werden. Es scheiden damit die übrigen Verpflichtungen des Zedenten, „die Geltendmachung der Forderung durch den Zessionar nicht nur nicht zu hindern, sondern sie ihm, soweit die Mittel dazu in seinen Händen sind, möglich zu machen, weiter alles herauszugeben, was er nach der Zession oder der Verpflichtung zu derselben von dem Schuldner durch direkte oder indirekte Leistung empfangen hat“,[4]) von der Untersuchung aus. Wenn wir weiterhin von der Haftung des Schenkers schlechthin reden, so soll nur diese Seite seiner Haftung gemeint sein.

Wenn endlich die gesetzliche Haftung des Schenkers einer Forderung hier erörtert werden soll, so ist einmal darauf hinzuweisen, daß die Rechtsnormen, welche diese Haftung regeln, nur dispositiver Natur sind, somit die Haftung durch Parteivereinbarung grundsätzlich abweichend bestimmt, gesteigert oder gemindert werden kann; sodann ist zu bemerken, daß im gemeinen Rechte von der regelmäßigen Haftung abweichende Verpflichtungen des Schenkers der Forderung gegenüber dem Beschenkten dann erwachsen, wenn die Schenkung in doloser Absicht vorgenommen worden ist.

Eine Untersuchung der Frage, inwieweit und mit welcher Wirkung die gesetzliche Haftung des Schenkers durch Parteivereinbarung geändert werden kann, fällt nicht in den Rahmen unserer Aufgabe. Über die dolose Schenkung soll in einem besonderen Abschnitt (§ 6) gehandelt werden.

---

[4]) Schliemann S. 11; Windscheid Bd. 2 § 336; Dernburg Bd. 2 § 52; BGB. § 402.

1. Kapitel.

Die gesetzliche Haftung des Schenkers einer Forderung nach gemeinem Rechte.

§ 2.

Die bis in die Mitte des 19. Jahrhunderts herrschend gewesene Ansicht und der Nachweis ihrer Unrichtigkeit. — Die wesentlichen Arten der Schenkung. — Erläuterung des Begriffs der Haftung. — Das leitende Prinzip, auf Grund dessen die Haftung des Schenkers einer Forderung zu bestimmen ist.

I.[1])

Schon der Wortlaut unserer Aufgabe: „Die gesetzliche Haftung des Schenkers einer Forderung“ läßt vermuten, daß die Haftung dessen, der eine Forderung abtritt, verschieden ist je nach dem der Abtretung zugrunde liegenden Rechtsgeschäft (Verkauf oder Schenkung). Wie einleuchtend und selbstverständlich diese Tatsache auch erscheinen mag, so ist doch erst spät ihre Richtigkeit erkannt worden. Bis in die Mitte des 19. Jahrhunderts wurde die Haftung des Zedenten ohne Rücksicht auf die causa cessionis bestimmt und als Regel gelehrt, daß der Zedent wohl für die Existenz (Verität), nicht aber für die Güte (Bonität) der Forderung zu haften habe. Ohne die Wichtigkeit der causa cessionis zu berühren, drehte der Streit unter den Juristen sich nur um die Frage, ob die Ansicht einiger Schriftsteller, welche den Zedenten auch für die Bonität der Forderung haften lassen wollten, berechtigt sei.

Zu dem genannten Resultat, daß der Zedent für die Existenz, nicht aber für die Güte der Forderung haften müsse, gelangte man dadurch, daß man die Aussprüche Hermogenians und Ulpians in l. 74 § 3 D. 21, 2 und l. 4, 5 D. 18, 4, welche vom Kaufe einer Forderung handeln, verallgemeinerte und auf jede Zession, welches Rechtsgeschäft ihr auch zugrunde liegen mochte, anwandte.

Die zitierten Stellen lauten allerdings:

qui nomen quale fuit vendidit, dumtaxat ut sit, non ut exigi etiam aliquid possit, et dolum praestare cogitur.

si nomen sit distractum, Celsus libro nono digestorum scribit, locupletem esse debitorem non debere praestare, debi-

---

[1]) vgl. Schliemann S. 1—10.

torem autem esse praestare, nisi aliud convenit, et quidem sine exceptione quoque, nisi in contrarium actum sit.

Aber diese Stellen, die vom Kaufe einer Forderung handeln, also die Pflichten des Verkäufers bestimmen, auf jede Zession, auch z. B. die schenkweise erfolgende auszudehnen, ist ein unrichtiger Schritt, der nicht gerechtfertigt ist, ebenso unrichtig, wie wenn man überhaupt die Haftungspflicht eines Verkäufers mit der eines Schenkers auf dieselbe Stufe stellen wollte.

Und doch ist dieser Irrtum in gewisser Weise zu entschuldigen. Er rührte nämlich daher, daß einmal sehr häufig der Zession ein Kaufvertrag zugrunde liegt, daß ferner „in den meisten Fällen die Zession von dem zugrunde liegenden Rechtsgeschäft keinen äußerlich getrennten Akt bildet. Man kam so dazu, das, was äußerlich zusammenfiel, auch für die juristische Betrachtung nicht zu sondern und zu verkennen, daß die Zession ebensogut Erfüllung des vorhergehenden Rechtsgeschäftes ist wie die Tradition, welche letztere sich in der Regel auch äußerlich von der causa, auf der sie beruht, getrennt darstellt".[2])

Jener Gedanke, die Haftung des Zedenten als solchen ohne Rücksicht auf die causa cessionis bestimmen zu wollen, hat während vieler Jahrhunderte in der juristischen Literatur geherrscht; von der Zeit der Glossatoren bis in die Mitte des 19. Jahrhunderts war als die herrschende Lehre des gemeinen Rechtes diejenige anzusehen, daß der Zedent einer Forderung grundsätzlich für die Verität, nicht aber für die Bonität derselben zu haften habe.[3])

Erst ganz allmählich gewann man die Erkenntnis, daß es nicht angängig sei, die Haftung des Zedenten als solchen ohne

---

[2]) Schliemann S. 18.

[3]) So setzt Brunnemann (S. 178) die Haftung des Zedenten ganz allgemein dahin fest, daß er für die Verität, nicht aber für die Bonität der Forderung haften müsse; eine in mehreren Fällen eintretende abweichende Haftung bezeichnet er als Ausnahme von der Regel. Glück (Bd. 16 § 1023 S. 445 ff.) geht aus von dem Verkauf einer Forderung, spricht aber späterhin unter Anwendung der für die Haftung des Verkäufers einer Forderung geltenden Grundsätze allgemein von der Haftung des Zedenten, bringt auch durch die Überschrift des die sedes materiae bildenden § 1023 „Was muß der Zedent bei der Zession einer Schuldforderung gewähren?" zum Ausdruck, daß er die dort dargelegten Grundsätze auf jede Zession angewendet wissen will. Göschen (Bd. 2 Abt. 2 § 381) bestimmt ebenfalls die Haftung des Zedenten dahin, daß er für die Existenz der Forderung, nicht aber für die Solvenz des Schuldners einzustehen habe, läßt jedoch bezüglich der Haftung für die Existenz eine Ausnahme in dem Falle eintreten, wenn die Zession unentgeltlich ex lucrativa causa erfolgte. Ähnlich lehren Weber (S. 35 ff.) und Mühlenbruch (§ 64).

Rücksicht auf die causa cessionis zu bestimmen, man zog aber nicht die Konsequenz, daß von einer Haftung des Zedenten ohne Rücksicht auf das zugrunde liegende Rechtsgeschäft zu reden gerade so unsinnig sei, wie die Haftung des Tradenten als solchen zu bestimmen.[4])

Daß jedoch nur das der Zession zugrunde liegende Rechtsgeschäft (causa cessionis) es ist, welches den Umfang der Haftung des Zedenten bestimmt, hat zuerst Schliemann in seiner Preisschrift „Die Haftung des Zedenten" überzeugend dargetan und damit den Grundirrtum, der sämtliche früheren Schriften über diese Frage beherrschte, aufgedeckt. Sein Werk ist bis heute derart bahnbrechend gewesen, daß die Frage nach der Haftung des Zedenten noch nicht wieder Gegenstand der Untersuchung gewesen zu sein scheint, vielmehr die bedeutendsten Zivilisten den von ihm aufgestellten Grundsatz als unstreitige Tatsache aufführen oder auf sein Werk als epochemachend verweisen.[5])

Mit Recht führt Schliemann etwa aus[6]):

Der Zedent einer Forderung kann nie haftbar gemacht

---

[4]) So sagt Puchta (§ 282) zutreffend: „Von der causa cessionis hängen auch die Verbindlichkeiten des Zedenten gegen den Zessionar ab". Im krassen Gegensatz zu diesem richtigen Satze führt er aber weiter aus: „In der Regel haftet der Zedent für die Existenz der Forderung, debitorem esse, nicht aber für die Güte der Forderung, locupletem esse debitorem; eine Modifikation dieser Grundsätze kann durch die besondere Beschaffenheit der causa cessionis herbeigeführt werden". Ist der erste Satz richtig, daß nämlich von der causa cessionis die Verbindlichkeiten des Zedenten gegen den Zessionar abhängen, so führt folgerichtig die causa cessionis nicht eine Modifikation der für die Haftung eines jeden Zedenten geltenden Grundsätze herbei, sondern läßt sich überhaupt die Haftung eines Zedenten nur auf Grund der causa cessionis festsetzen. Denselben Fehler begeht Sintenis (§ 128 S. 803ff.). Dieser sagt zutreffend: „Die Bestimmung des Verhältnisses zwischen dem Zedenten und dem Zessionar ist zuvörderst von dem Verpflichtungsgrunde zur Zession abhängig. Das Geschäft, welches diesen ausmacht, steht unter seinen eigentümlichen Regeln, also als Kauf, Tausch usw., ohne daß der Gegenstand desselben, d. i. die Forderung, Ausnahmen zur Folge hätte. Hieraus entspringen dann also auch die verschiedenen Rechte und Verpflichtungen". Weiterhin führt er aber aus: „Der Zedent hat ferner grundsätzlich dafür einzustehen, daß die abgetretene Forderung wirklich existiere, also durch keinen Umstand in ihrer Wirksamkeit beeinträchtigt oder gar erloschen und aufgehoben sei. Für die Güte der Forderung, d. i. Zahlungsfähigkeit des Schuldners haftet der Zedent jedoch regelmäßig nicht. Die Haftung für die Existenz der Forderung tritt ausnahmsweise außer Wirksamkeit im Falle der Schenkung".

[5]) Baron § 251; Arndts § 257; Vangerow Bd. 3 § 575 Anm. 3; Windscheid-Kipp Bd. 2 § 336 Anm. 3, Dernburg, Pand. Bd. 2 § 52; Thöl Bd. 1 § 120 Anm. 21; Cosack Bd. 1 § 114; Endemann Bd. 1 § 151; Matthiaß Bd. 1 § 100; Crome Bd. 2 § 197 Anm. 30; Dernburg, BGB. Bd. 2 § 134.

[6]) S. 7ff., 24.

werden, weil er zediert hat, ebensowenig wie der Tradent einer Sache haftbar ist, weil er tradiert hat. Seine Eigenschaft und Tätigkeit als Zedent kann niemals ihn zu etwas verpflichten, vielmehr stets nur das Rechtsgeschäft, welches durch die Zession erfüllt werden sollte. Wer z. B. eine Forderung zediert und als Gegenleistung sich eine Geldsumme zahlen läßt, der haftet vielleicht, wenn von dem debitor cessus aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nichts zu erlangen ist, er haftet dann aber nicht, weil er zediert und seine Pflichten als Zedent nicht erfüllt hat — diese seine Pflichten hat er ja erfüllt, er hat ja die Forderung abgetreten —, sondern er haftet, weil er die Forderung verkauft und seine Pflichten als Verkäufer nicht erfüllt hat; ebenso wie derjenige, welcher eine gestohlene fremde Sache verkauft und tradiert hat, für eine Entwehrung nicht deshalb haftbar ist, weil er die Sache tradiert hat, sondern weil er das rem habere licere nicht verschafft, also seinen Verpflichtungen als Verkäufer nicht entsprochen hat.

Seit der Mitte des 19. Jahrhunderts ist die von Schliemann vertretene Ansicht die herrschende geworden.

II.

Bei der Untersuchung der gesetzlichen Haftung des Schenkers einer Forderung ist es erforderlich, die verschiedenen Arten der Schenkung zu trennen.

Die Schenkung kann nämlich geschehen:

a) durch die Zession der Forderung selbst, d. h. der Zessionar hatte keinen Anspruch auf die Vornahme der Zession. Diesen Fall werden wir als den Fall der donatio cedendo (dando) bezeichnen;

b) durch das Versprechen, eine Forderung zedieren zu wollen. Die Vornahme der Zession ist dann Erfüllung dieses Versprechens, auf welche der Zessionar einen Anspruch hatte. Diesen Fall werden wir als den Fall der donatio promittendo (obligando) bezeichnen.

Dieses Versprechen kann sich wiederum beziehen

α) auf eine in specie bestimmte Forderung (z. B. A verspricht dem B, seine ihm gegen X zustehende Forderung in Höhe von 100 zu zedieren);

β) auf eine in genere bestimmte Forderung (z. B. A verspricht dem B, eine der 50 ihm zustehenden Forderungen in Höhe von 100 zedieren,[7]) oder ganz allgemein eine Forderung in Höhe von 100 zu zedieren).

[7]) vgl. darüber, daß dieser Fall als generisches Versprechen aufgefaßt werden kann, § 4 Anm. 8 und § 7 Anm. 7.

Genau genommen geht diese Einteilung über den Rahmen unserer Aufgabe hinaus. Unsere Untersuchung setzt voraus, daß eine Forderung geschenkt ist. In dem Falle der donatio promittendo wird aber nicht die Forderung, sondern nur der Anspruch auf Zession der Forderung geschenkt. Erfolgt später die Zession als Erfüllung des Versprechens, so wird mit dieser Zession nicht eine Schenkung bewirkt, denn die Schenkung ist durch die kraft des Versprechens erfolgte Einräumung des Anspruches auf Vornahme der Zession bewirkt; die Vermögensverschiebung, daß der donans pauperior der accipiens locupletior wird, tritt nicht erst durch die Zession ein, sondern ist bereits dadurch erfolgt, daß der Beschenkte auf Grund des Versprechens Gläubiger des Schenkers geworden ist.

Streng genommen würde also als Schenkung einer Forderung nur der Fall der donatio cedendo gelten können. Da aber der Sprachgebrauch allgemein auch den Fall, daß die Zession zur Erfüllung eines Schenkungsversprechens erfolgt, als Schenkung einer Forderung bezeichnet, so sollen auch die Fälle der donatio promittendo in den Rahmen der Untersuchung gezogen werden.

III.

Für unsere Untersuchung bedarf der Begriff der Haftung noch einer kurzen Erläuterung.[8])

Aus dem Abschn. I dieses Paragraphen erhellt, daß bei der Frage nach der Haftung des Zedenten in der Literatur stets unterschieden ist zwischen der Haftung für die Verität und der für die Bonität der Forderung, so daß die Untersuchung sich um die Frage drehte: Wann haftet der Zedent gar nicht, wann für die veritas nominis, wann auch für die bonitas nominis?

Zur veritas der Forderung wurde gerechnet: 1. daß die Forderung zur Entstehung gelangt ist, 2. daß sie nicht wieder erloschen ist, 3. daß sie nicht ope exceptionis entkräftet werden kann, 4. daß sie klagbar ist; mit der bonitas der Forderung wurde die Solvenz des Schuldners bezeichnet.

Die Einteilung in veritas und bonitas nominis ist irreführend.

Es wird gesagt, zur veritas gehöre, daß die Forderung klagbar und nicht ope exceptionis zu entkräften sei. Wenn nun aber der Zedent dem Zessionar mitgeteilt hat, die abgetretene Forderung sei eine obligatio naturalis, oder wenn er dem Zessionar erklärt hat, dem Schuldner stehe gegen die Forderung eine Einrede zu? Hier entspricht die abgetretene Forderung doch offen-

[8]) vgl. über das Folgende Schliemann S. 11ff.

bar dem Erfordernis der „Verität“, denn sie entspricht den Angaben, welche der Zedent über sie gemacht hat! Wenn andererseits der Zedent dem Zessionar versprochen hat, der Schuldner sei solvent, so ist die Verität der Forderung nicht gewahrt, wenn der Schuldner tatsächlich insolvent ist; in diesem Falle würde also die Verität die Bonität umfassen!

Da somit die Zweiteilung der Haftung in die Haftung für veritas und die Haftung für bonitas nominis einmal eine scharfe Abgrenzung beider Begriffe nicht gestattet, ferner uns auch in die Vereinbarungen der Parteien hineinziehen würde, so werden wir dieselbe als für unsere Aufgabe ungeeignet verwerfen.

Eine brauchbare Zergliederung des Begriffes der Haftung ergibt folgende Erwägung:

Die Voraussetzung der Haftung des Zedenten einer Forderung, nämlich die Tatsache, daß vom debitor cessus gar nichts oder nicht der volle Betrag der Forderung zu erlangen ist, kann ihren Grund haben:

1. darin, daß ein juristisches Hindernis der Realisierung der Forderung entgegensteht, indem nämlich

a) die Forderung nicht existiert, sei es, daß sie niemals bestanden hat, sei es, daß sie erloschen ist;

b) die Forderung durch Einreden zu entkräften ist, welchem Falle der Fall, daß die Forderung nicht klagbar ist, gleichgestellt werden muß.

Hier ist zu bemerken, daß die Haftung für entgegenstehende Einreden natürlich nur solche Einreden betrifft, welche gegen die Forderung bereits in der Person des Zedenten zur Existenz gelangt waren; es versteht sich von selbst, daß nur eine Haftung für diese in Frage kommen kann.[9])

2. Darin, daß ein faktisches Hindernis der Realisierung der Forderung entgegensteht, indem z. B. der Schuldner insolvent ist oder sich an einen Ort begeben hat, wo er nicht gerichtlich zu belangen ist.

Bei der Prüfung des Punktes, wann der Schenker auch für die faktische Realisierbarkeit der Forderung haftet, stößt uns zunächst die Frage auf: Wenn überhaupt eine solche Haftung begründet ist, auf welchen Zeitpunkt ist dann die faktische Realisierbarkeit zu beziehen?

Hierauf ist zunächst zu bemerken, daß für uns die Frage nur bei der Schenkung, die durch das Versprechen, eine der Gattung nach bestimmte Forderung zedieren zu wollen, erfolgt, praktisch werden wird, denn nur für diesen Fall werden wir

[9]) vgl. Schliemann S. 15, 71.

dem Schenker eine solche Haftung auferlegen. Im übrigen werden wir die Frage dahin beantworten:

Erfolgt die Schenkung unmittelbar durch die Zession der Forderung selbst, so kann naturgemäß die faktische Realisierbarkeit sich nur auf die Zeit der Zession beziehen.

Erfolgt die Schenkung durch das Versprechen, eine in specie bestimmte Forderung zu zedieren, so kann nur die faktische Realisierbarkeit zur Zeit der Abgabe des Versprechens in Frage kommen; „denn nach einer allgemeinen Rechtsregel trägt von dem Augenblick an, wo eine Verpflichtung auf die Leistung einer species zur Existenz gelangt, der Gläubiger die Gefahr, wenn der Gegenstand dieser bestimmten Leistung kasuell untergeht oder deterioriert wird; die später eintretende Insolvenz des Schuldners ist aber als Deterioration der Forderung zu betrachten.[10])

Erfolgt die Schenkung durch das Versprechen, eine in genere bestimmte Forderung zu zedieren, so kann nur die faktische Realisierbarkeit zur Zeit der erfolgten Zession von Bedeutung sein, denn erst in diesem Augenblick zeigt sich, daß die abgetretene Forderung nicht in dem in obligatione befindlichen genus enthalten war[10a]) (vgl. das Nähere im § 4).

Wir werden demnach bei der Untersuchung der Haftung des Schenkers die Haftung für die juristische Realisierbarkeit mit den oben erwähnten beiden Unterabteilungen und die Haftung für die faktische Realisierbarkeit der Forderung trennen.

Es versteht sich hierbei von selbst, daß die Haftung für die faktische Realisierbarkeit die Haftung für die juristische Realisierbarkeit einschließt, denn jene ist die strengere und umfangreichere, diese die mildere und beschränktere Haftung (vgl. Schliemann S. 16).

IV.

Hier möge kurz das Prinzip angegeben werden, welches uns bei unserer Untersuchung leiten wird und für dieselbe von der größten Bedeutung ist.

Die Quellen des gemeinen Rechtes schweigen über die Haftung des Schenkers einer Forderung. Dennoch ist es nicht unmöglich, diese Haftung nach gemeinem Rechte zu bestimmen: Das Recht ist ein System, welches die Fähigkeit hat, sich aus sich selbst zu vervollständigen. Diese Selbstergänzung geschieht

[10]) Schliemann S. 16, 74.
[10a]) Schliemann S. 16, 29.

durch Analogie, d. h. durch Anwendung einer für gewisse Verhältnisse bestimmten Rechtsnorm auf verwandte Verhältnisse wegen Gleichheit des Grundes (Dernburg Bd. 1 § 38). Den Ausgangspunkt, von welchem aus die Haftung des Schenkers einer Forderung zu bestimmen ist, bilden die für die Haftung des Schenkers einer körperlichen Sache geltenden Vorschriften, denn die besonderen Normen, welche die Verbindlichkeit des Schenkers einer Sache gegenüber dem Beschenkten regeln, haben regelmäßig ihren Grund in der Unentgeltlichkeit der Zuwendung; dieselbe Unentgeltlichkeit der Zuwendung ist aber auch bei der Schenkung einer Forderung gegeben.

Um die für die Schenkung einer Sache geltenden Vorschriften auf die Schenkung einer Forderung analog anzuwenden, ist zunächst zu prüfen, welche Tatsachen, die eine Haftungspflicht des Schenkers event. begründen können, bei der Veräußerung einer Sache und bei der Veräußerung einer Forderung gleichzustellen sind. Wie oben dargelegt, kommt in Frage die Haftung 1. dafür, daß die Forderung nicht existiert, 2. dafür, daß sie durch Einreden zu entkräften oder nicht einklagbar ist, 3) dafür, daß sie wegen faktischer Mängel nicht zu realisieren ist.

Die Tatsache, daß die geschenkte Forderung nicht existiert — sei es, daß sie nie zur Entstehung gelangt oder wieder erloschen ist — werden wir der Tatsache gleichstellen, daß die geschenkte körperliche Sache in rerum natura nicht existiert, denn in beiden Fällen fehlt das Objekt, welches als der Gegenstand der Schenkung aus dem Vermögen des Schenkers in das des Beschenkten übergeführt werden soll.[11]) Nun ist aber im gemeinen Rechte die Haftung des Schenkers für den Fall, daß die geschenkte Sache nicht existiert, nicht besonders geregelt. Ein solcher Schenkungsvertrag unterliegt vielmehr den Grundsätzen, welche allgemein für Verträge gelten, die sich auf eine nicht existierende Sache beziehen. Nach dem ausdrücklichen Zeugnis der Quellen ist aber ein Vertrag über eine nicht existierende Sache wegen Unmöglichkeit der Leistung nichtig:

l. 8 pr. D. 18, 1: nec emptio nec venditio sine re, quae veneat, potest intellegi.

l. 15 pr. D. 18, 1: et si consensum fuerit in corpus, id tamen in rerum natura ante venditionem esse desierit, nulla emptio est.

l. 1 D. 18, 4: si hereditas venierit eius, qui vivit aut nullus sit, nihil esse acti, quia in rerum natura non sit, quod venierit.

---

[11]) vgl. Schliemann S. 68.

l. 7 D. 18, 4: cum hereditatem aliquis vendidit, esse debet hereditas, ut sit emptio.

Ist hiernach der auf eine nicht existierende körperliche Sache sich beziehende Schenkungsvertrag nichtig, so müssen wir auch den eine nicht existierende Forderung betreffenden Schenkungsvertrag als nichtig ansehen.[12])

Diese grundsätzliche Gleichstellung der Nichtexistenz einer körperlichen Sache mit der Nichtexistenz einer Forderung scheint jedoch mit den Quellen nicht im Einklang zu stehen. Als nichtig ist, wie eben gezeigt, in den Quellen der Verkauf einer nicht existierenden Sache und der Verkauf einer nicht existierenden Erbschaft behandelt; nicht nichtig ist dagegen der Verkauf einer nicht existierenden Forderung[13]):

l. 4, 5 D. 18, 4: si nomen sit distractum, Celsus libro nono digestorum scribit, locupletem esse debitorem non debere praestare, debitorem autem esse praestare, nisi aliud convenit, et quidem sine exceptione quoque, nisi in contrarium actum sit.

l. 74 § 3 D. 21, 2: qui nomen quale fuit vendidit, dumtaxat ut sit, non ut exigi etiam aliquid possit, et dolum praestare cogitur.

Es liegt daher die Annahme nahe, daß die verschiedene Behandlung des Kaufes einer Sache und einer Forderung einen inneren Grund habe, der auch bei der Schenkung eine gleiche Verschiedenheit der Behandlung rechtfertige und dahin führen müsse, den Schenkungsvertrag bezüglich einer nicht existierenden Forderung als rechtsgültig anzusehen.

Dem ist aber nicht so.

Es sind verschiedene Versuche gemacht worden, die von den allgemeinen Rechtsgrundsätzen abweichende Behandlung des Verkaufes einer nicht existierenden Forderung zu erklären.

Mommsen (S. 134ff.) sieht den Grund der Vorschrift in folgendem:

Die Leistung einer nicht existierenden Forderung sei ebenso unmöglich wie die Leistung einer nicht existierenden Erbschaft. Diese Unmöglichkeit lasse sich aber nur behaupten, wenn die Forderung nie existiert oder ipso iure zu existieren aufgehört habe; stehe der Klage nur eine Einrede entgegen, so könne eine Unmöglichkeit der Leistung schon aus dem Grunde nicht angenommen werden, weil die Einrede zu beseitigen wäre. Wollte man hier die Grundsätze über unmögliche Leistungen zugrunde legen, so würde man also die verschiedenen Fälle

[12]) vgl. auch Glück Teil 16 § 1023 S. 447, 448; Weber S. 49.
[13]) A. M. Schliemann S. 64.

unterscheiden müssen. Da eine solche Unterscheidung leicht zu Unzuträglichkeiten hätte führen können, hätten die römischen Juristen dieselbe nicht gemacht, vielmehr den Grundsatz aufgestellt, der Verkäufer müsse prästieren, daß die Forderung existiere und nicht durch Exzeptionen entkräftet sei.

Auch Hartmann (S. 179ff.) erkennt an, daß die Übertragung einer nicht existierenden Forderung ebenso unmöglich sei wie die Leistung einer nicht existierenden Erbschaft oder einer schon untergegangenen Sache. Die genannte Vorschrift rechtfertige sich jedoch durch die Erwägung, daß sich die wirkliche Existenz angeblicher Forderungen keineswegs in so leichter Weise wie das Dasein körperlicher Waren seitens des Käufers konstatieren lasse; daher sei es, wenn überhaupt eine Sicherheit des Handels mit Forderungen bestehen solle, notwendig, daß ein Einstehen des Verkäufers für die Existenz der angeblichen Forderung gewollt sein müsse.

Ebenso sieht Bechmann (§ 239) den Grund für die erwähnte Bestimmung in den Anforderungen, welche die Rechtsordnung zur Sicherung des Handelsverkehrs an den Verkäufer stellen muß. Der Käufer habe hier regelmäßig keine Möglichkeit, sich von der Existenz des Objektes zu überzeugen; da dasselbe in der rechtlichen Beziehung des Verkäufers zu einem Dritten bestehe, so bleibe dem Käufer nichts übrig, als sich auf die Angaben des Verkäufers zu verlassen.

Es kann dahingestellt bleiben, welche der Erklärungen den Vorzug verdient.[14]) Auf jeden Fall ist hier ein Rechtssatz aufgestellt, der von den allgemeinen Grundsätzen abweicht, welche

---

[14]) Unzutreffend erscheint die Erklärung, die Windscheid in „Mommsen: Beiträge zum Obligationenrecht" S. 117ff. gibt: Der Verkauf einer nicht existierenden Forderung sei nicht dem Verkaufe einer nicht existierenden Sache gleichzustellen. Der Grund, weswegen hier der Verkäufer nicht liefern könne, sei nicht die Unmöglichkeit der Leistung, sondern lediglich der Mangel seines Rechtes. Mit Recht wenden sich gegen diese Auffassung Hartmann (S. 180) und Brinz (S. 297ff.), indem sie betonen, der Verkäufer einer nicht existierenden Forderung sei zur Erfüllung des Vertrages nicht deshalb unvermögend, weil es ihm am Rechte fehle, sondern weil der verkaufte Gegenstand nicht vorhanden ist, „weil nichts ist, was verkauft wird". Verfehlt erscheint auch die Ansicht Jherings (culpa in contrahendo S. 69ff.): Beim Verkaufe eines Rechtes liege objektive Unmöglichkeit der Leistung und damit grundsätzliche Nichtigkeit des Vertrages nur dann vor, wenn das als existierend gesetzte Recht nicht nur für diesen Verkäufer, sondern für jeden unmöglich sei; wenn dagegen das verkaufte Recht an sich existieren könnte, müsse der Verkäufer stets auf das Erfüllungsinteresse haften. Zutreffend betont demgegenüber Bechmann (§ 239), daß eine Forderung, die nicht existiere, auch wenn sie an sich existieren könnte, gerade so Null sei wie die bloß in der Einbildung existierende Sache oder Erbschaft. (Dagegen auch Hartmann S. 180.)

für die auf nicht existierende Gegenstände sich beziehenden Verträge gelten.

Diese Abweichung findet ihre Rechtfertigung in den Bedürfnissen des Handelsverkehrs. Weil eine verschiedene Behandlung der Haftung für die Nichtexistenz der Forderung und der Haftung für Einreden dem Handelsverkehr hinderlich wäre, weil ferner der Käufer die Existenz der verkauften Forderung schwer nachzuprüfen vermag, so ist, um Schädigungen des Käufers zu verhüten und nicht überhaupt den Handelsverkehr mit Forderungen einer völligen Unsicherheit preiszugeben, für den Verkauf einer Forderung der Grundsatz, daß die Nichtexistenz der Forderung die Nichtigkeit des Vertrages herbeiführe, verlassen und eine Haftungspflicht des Verkäufers aufgestellt. Diese Bestimmung auf die Schenkung einer Forderung auszudehnen, wäre verfehlt. Derartige Rechtssingularitäten müssen, wie Dernburg (Bd. 1 § 33) ausführt, auf ihren einmal gegebenen Boden eingeschränkt bleiben; sie lassen eine Ausdehnung oder gar eine analoge Anwendung nicht zu: quod contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias (l. 14 D. 1, 3). Bei Schenkungen von Forderungen (die doch sehr selten vorkommen) kommt eine Rücksichtnahme auf „Bedürfnisse des Verkehrs" nicht in Frage; auch würde ja eine Rechtsvorschrift, die in Abweichung von allgemeinen Grundsätzen die Haftung des Schenkers verschärfte, in krassem Widerspruch zu sämtlichen Rechtssätzen stehen, die mit Rücksicht auf die Unentgeltlichkeit der Zuwendung auf eine möglichst milde Behandlung des Schenkers abzielen.

Ist aber die Vorschrift auf die Schenkung einer Forderung nicht auszudehnen, so gilt hier der allgemeine Grundsatz, daß der Schenkungsvertrag über eine nicht existierende Forderung nichtig ist.

Unter welcher Voraussetzung aus einem solchen Vertrage für den Schenker dennoch eine Haftungspflicht erwachsen kann, ist später zu erörtern.

Es fragt sich weiterhin: Welcher Tatsache bei der Veräußerung einer Sache steht die Tatsache gleich, daß einer veräußerten Forderung wirksame Einreden entgegenstehen?[15])

Die Quellen könnten uns verleiten, den Fall, daß die Forderung durch Einreden zu entkräften ist, dem Falle der Nichtexistenz der Forderung gleichzustellen, denn

nihil interest, ipso iure quis actionem non habeat an per exceptionem infirmetur

[15]) vgl. über das Folgende Schliemann S. 64ff.

heißt es in l. 112 D. 50, 17; dieser Gedanke wird weiter ausgeführt in l. 55 D. 50, 16 und l. 66 D. 50, 17:

creditor autem is est, qui exceptione perpetua summoveri non potest. desinit debitor esse is, qui nanctus est exceptionem iustam nec ab aequitate naturali abhorrentem.

Doch wäre es verfehlt, aus diesen Stellen, die nur besagen, daß das Forderungsrecht des Gläubigers durch Geltendmachung einer exceptio perpetua in gleicher Weise beseitigt wird, wie wenn ihm niemals die Forderung zugestanden hätte, die rechtliche Gleichstellung des Falles, daß der Forderung Einreden entgegenstehen, mit dem Falle, daß die Forderung nicht existiert, zu folgern und demnach zu sagen, der Vertrag über eine Forderung, der eine Einrede entgegensteht, sei ein Vertrag über einen nicht existierenden Gegenstand.[16]) Die Unrichtigkeit einer solchen Rechtsansicht ist offenbar. Das Objekt, die Forderung, existiert ja; ihre Geltendmachung vermag zwar durch ein entgegenstehendes Recht des Schuldners entkräftet zu werden, es hängt aber von dem Willen des Schuldners ab, ob er von diesem Rechte Gebrauch machen will oder nicht; auch ist die Einrede zu beseitigen (z. B. der Schuldner verzichtet auf die Einrede der Verjährung), und dann tritt die Forderung in voller Wirksamkeit hervor.

Es fragt sich nun, welcher Tatsache bei der Veräußerung einer Sache die Tatsache, daß der veräußerten Forderung Einreden entgegenstehen, in bezug auf eine event. Haftung des Veräußerers gleichzustellen ist.

Wir werden sagen müssen:

Der Umstand, daß einer veräußerten Forderung Einreden entgegenstehen, steht demjenigen gleich, daß eine veräußerte Sache wegen eines fremden Rechtes dem Erwerber evinziert wird. In beiden Fällen kommt der Erwerber infolge eines juristischen Mangels des Veräußerungsobjektes um den Genuß des Rechtes, welches er sich durch den Vertrag zu verschaffen beabsichtigte. Beiden Fällen ist gemeinsam, daß durch ein entgegenstehendes selbständiges Recht dem Erwerber der Genuß entzogen wird, welchen er durch den Vertrag erlangen wollte; bei der Eviktion der veräußerten Sache ist es jeder Dritte, dem ein Recht zustehen kann, welchem das Recht des Erwerbers weichen muß, bei der Entkräftung der veräußerten Forderung kann es nur der debitor cessus sein, der das Recht des Zessionars vereitelt. So ist eine event. Haftung des Veräußerers einer res corporalis für den Fall der Eviktion und des Veräußerers eines

---

[16]) Brinz S. 297 scheint allerdings die beiden Fälle gleichstellen zu wollen.

nomen für den Fall, daß demselben wirksame Einreden entgegenstehen, nur eine besondere Gestaltung des gemeinsamen Grundgedankens, daß der Veräußerer grundsätzlich für die juristische Güte des Veräußerungsobjektes zu haften hat.

Die Richtigkeit dieser Auffassung ergeben auch die Quellen. Die von der Haftung des Verkäufers eines nomen handelnde l. 74 § 3 D. 21, 2:

qui nomen quale fuit vendidit, dumtaxat ut sit, non ut exigi etiam aliquid possit, et dolum praestare cogitur

ist aufgenommen in den Titel „de evictionibus . . ." Beweis genug, daß die oben dargelegte Auffassung mit den Quellen im Einklang steht.[17])

Wir werden demnach die auf die Haftung des Schenkers einer Sache für Eviktion bezüglichen Rechtssätze auf die Haftung des Schenkers einer Forderung für entgegenstehende Einreden analog anzuwenden haben.

Den Fall, daß die Forderung wegen faktischer Mängel (z. B. Insolvenz des Schuldners) nicht zu realisieren ist, werden wir dem Falle gleichstellen müssen, daß eine körperliche Sache fehlerhaft ist. Entsprechend dem, was für das Parallelgehen der Haftung für Einreden und für Eviktion ausgeführt ist, ist der Grund für die Gleichstellung hier, daß infolge eines faktischen Hindernisses der Erwerber nicht die Vorteile erlangt, welche er zu erlangen beabsichtigte.

Hiernach erscheint die Anwendung der für die Haftung des Schenkers wegen Fehler der Sache geltenden Grundsätze auf die Haftung des Schenkers wegen der auf einem faktischen Hindernis beruhenden Nichtrealisierbarkeit der Forderung geboten.[18])

1. Abteilung.
Die Haftung des Schenkers für die juristische Realisierbarkeit der Forderung.

§ 3.
Der Fall der donatio cedendo.

I.

Betrachten wir zunächst den Fall der donatio cedendo, d. h. den Fall, daß die Schenkung unmittelbar durch die Zession der Forderung erfolgt.

[17]) vgl. auch l. 27, 28 D. 21,2, die ebenfalls die Haftung des Verkäufers für Einreden behandeln und im genannten Titel stehen.

[18]) vgl. Schliemann S. 39ff.

Hier möge wiederum zunächst diejenige Haftung geprüft werden, welche am häufigsten praktisch werden wird, nämlich die Haftung für Einreden, die der Forderung entgegenstehen.

Wie oben ausgeführt, können wir zu einem Ergebnis nur dadurch gelangen, daß wir die für die Haftung wegen Eviktion der verschenkten Sache geltenden Grundsätze analog anwenden.

Eine Entscheidung über die Haftung des Schenkers einer Sache für den Fall der Eviktion finden wir in l. 18 § 3 D. 39, 5[1]:

Labeo ait, si quis mihi rem alienam donaverit inque eam sumptus magnos fecero et sic mihi evincatur nullam mihi actionem contra donatorem competere. plane de dolo posse me adversus eum habere actionem, si dolo fecit.

Hiernach kann derjenige, welcher auf eine ihm geschenkte körperliche Sache Aufwendungen gemacht hat und dem später die Sache evinziert wird, von dem Schenker grundsätzlich nicht Ersatz der Aufwendungen verlangen. Nur wenn der Schenker dolos gehandelt hat, haftet er dem Beschenkten.

Dieselbe Entscheidung gibt l. 48 D. 6, 1:

sumptus in praedium, quod alienum esse apparuit, a bona fide possessore facti neque ab eo, qui praedium donavit, neque a domino peti possunt, verum exceptione doli posita per officium iudicis aequitatis ratione servantur, scilicet, si fructuum ante litem contestatam perceptorum summam excedant; etenim admissa compensatione superfluum sumptum meliore praedio facto dominus restituere cogitur.

Die Entscheidungen ergeben, daß der Schenker einer Sache — abgesehen von einer dolosen Schenkung — nicht für Eviktion haftet.

Dies entspricht auch dem Rechtsgefühl:

Es wäre unbillig, jemanden, der in dem Glauben, die Sache gehöre ihm, eine fremde Sache verschenkt, für Eviktion haftbar zu machen. Aus der schenkweise erfolgenden Tradition kann billigerweise für den Schenker keine größere Verpflichtung entstehen, als er durch die Hingabe der Sache auf sich nehmen wollte. Der Schenker schenkt so, wie er die Sache hat, und kann mit Rücksicht auf die Liberalität der Zuwendung wohl verlangen, daß er für eine nicht vorausgesehene Eviktion nicht zu haften habe.

Wenden wir diesen Grundsatz auf die Schenkung einer Forderung, der wirksame Einreden entgegenstehen, an, so gelangen wir zu dem Ergebnis, daß — abgesehen von der dolosen

---

[1]) vgl. über den Nachweis, daß sich diese Stelle nur auf die donatio dando (cedendo) bezieht, § 4 Abschn. I d β.

Schenkung — der Schenker für entgegenstehende Einreden nicht haftet.

Dasselbe gilt, wenn der Forderung die Klagbarkeit mangelt.

II.

Untersuchen wir nunmehr den Fall, daß die geschenkte Forderung nicht existiert — sei es, daß sie nie zur Entstehung gelangt, sei es, daß sie wieder erloschen ist.

Der Schenkungsvertrag ist hier, wie in § 2 Abschn. IV dargelegt, als auf eine nicht existierende Forderung gerichtet, wegen Unmöglichkeit der Leistung nichtig.

Wofür haftet nun in diesem Falle der Schenker, wenn z. B. der (scheinbar) Beschenkte die angeblich zedierte Forderung, von deren Nichtexistenz er ohne seine Schuld keine Kenntnis hatte, einklagt und bei Abweisung der Klage mit den Prozeßkosten belastet wird? In den Quellen findet sich nirgends eine Antwort.[2]) Die herrschende Meinung gewährt dem Gläubiger aus einem nichtigen Vertrage, der die Unmöglichkeit der Leistung ohne Verschulden nicht kannte, einen Ersatzanspruch, wenn dem Versprechenden die Unmöglichkeit der Leistung bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt war; Windscheid[3]) läßt den Versprechenden selbst dann haften, wenn ihm eine Fahrlässigkeit nicht zur Last fiel.

Wir werden weder in dem einen noch in dem anderen Falle den Schenker für haftbar erklären, ihn vielmehr auch hier — abgesehen von der dolosen Schenkung — von jeder Haftung freisprechen. Denn derselbe Grund, der für den Fall, daß der Forderung wirksame Einreden entgegenstanden, für die Ausschließung jeder Haftung des Schenkers maßgebend war, nämlich der Grund, daß der Schenker mit Rücksicht auf die Unentgeltlichkeit der Zuwendung nicht stärker belastet werden darf, als er dies voraussehen konnte, ist auch hier gegeben.

Das Ergebnis der Untersuchung ist demnach: Im Falle der donatio cedendo haftet der Schenker nicht für die juristische Realisierbarkeit der Forderung.

Nur im Falle der dolosen Schenkung ist eine Haftung begründet.

---

[2]) Auch in der Literatur scheint dieser Fall nicht erörtert zu sein.
[3]) § 315 insbes. Anm. 7.

§ 4.

Die Fälle der donatio promittendo.

Untersuchen wir jetzt den Fall, daß die Schenkung durch das Versprechen erfolgt, eine Forderung zu zedieren. Wie bereits erwähnt, kann sich das Versprechen auf eine in specie oder auf eine in genere bestimmte Forderung beziehen.

I.

Hier ist zunächst wieder der Fall zu prüfen, daß der zur Erfüllung des Versprechens zedierten Forderung wirksame Einreden entgegenstehen. Beim Schweigen der Quellen können wir die Haftung des Schenkers nur in der Weise bestimmen, daß wir die Haftung desjenigen, der eine (in specie oder in genere bestimmte) Sache schenkungsweise zu leisten verspricht, für Eviktion der zur Erfüllung des Versprechens tradierten Sache feststellen und das gewonnene Ergebnis auf die Haftung des Schenkers für Einreden, durch welche die zedierte Forderung entkräftet wird, entsprechend anwenden.

Die Frage nach der Haftung des Schenkers für Eviktion der zur Erfüllung des Schenkungsversprechens tradierten Sache ist seit der Glossatorenzeit sehr bestritten. Drei verschiedene Ansichten haben sich über die Haftung des Schenkers gebildet und jede derselben zählt namhafte Rechtsgelehrte zu ihren Vertretern.

a) Die Ansicht der Glossatoren.[1])

Die Ansicht der Glossatoren, von Jacobus und Bulgarus ausgehend, von Azo und Accursius angenommen, von den Postglossatoren Bartolus und Baldus verteidigt, später von Carpzow und zuletzt von Bekker[2]) vertreten, läßt den Schenker, sofern ein Versprechen den Ausgangspunkt der Schenkung bildet, stets für Eviktion der Sache haften.

Zum Beweise für die Richtigkeit ihrer Ansicht berufen sich die Anhänger dieser Theorie einmal auf l. 1 pr. C. 5, 12:

> evicta re, quae fuerat in dotem data, si pollicitatio vel promissio fuerit interposita, gener contra socerum vel mulierem seu heredes eorum condictione vel ex stipulatione agere potest.

---

[1]) vgl. Glück Teil 20 § 1119 S. 237 ff.
[2]) Bekker u. Muther S. 245 ff.

Das Gesetz spreche zwar nur vom Heiratsgut, allein die Bestellung eines Heiratsgutes sei ja auch eine Art Schenkung; diese Vorschrift müsse daher auf alle Schenkungen Anwendung finden.

Ferner suchten sie ihre Auffassung durch allgemeine Erwägungen zu stützen, indem sie sagten: Wenn die Schenkung mit einem Versprechen beginne, so habe der Schenker die Absicht, sich verbindlich zu machen; er habe aber seine Verbindlichkeit nicht erfüllt, wenn die Sache evinziert werde. Dagegen verbinde sich der Schenker bei der donatio dando zu nichts.

Beweis sei endlich die oben (§ 3 Abschn. I) zitierte l. 18 § 3 D. 39, 5. Da diese Gesetzesstelle nur im Falle der donatio dando den Schenker von der Haftung für Eviktion befreie, so ergäbe sich, daß im Falle der donatio promittendo der Schenker für Eviktion haften müsse.

b) Die Ansicht Thibauts.[3])

Der Meinung der Glossatoren trat eine andere Ansicht entgegen, welche für den Fall der donatio promittendo jede Haftung des Schenkers verneinte. Sie wurde von Duarenus begründet, später insbesondere von Cuiacius und Donellus vertreten und noch im 19. Jahrhundert von Thibaut[4]) ausführlich verteidigt.[5])

Zur Rechtfertigung dieser Ansicht wird folgendes geltend gemacht:

Die l. 1 pr. C. 5, 12 erbringe bezüglich der Haftung des Schenkers für Eviktion keinen Beweis, denn ein Schluß vom Heiratsgut auf jede Schenkung sei unstatthaft; die dos sei keine causa mere lucrativa, da sie die Bestreitung der Ehestandslasten zum Zwecke habe, auch sei sie weit mehr begünstigt als die Schenkung, was sich z. B. darin zeige, daß das formlose Versprechen einer dos schon vor Justinian klagbar gewesen sei.

Ferner spreche l. 2 C. 8, 44 für diese Ansicht:

quoniam avus tuus, cum praedia tibi donaret, de evictione eorum cavit, potes adversus coheredes tuos ex causa stipulationis consistere ob evictionem praediorum, pro portione

---

[3]) vgl. Glück S. 238 ff.

[4]) S. 48 ff.

[5]) Als weitere Vertreter dieser Theorie sind insbesondere Savigny (§ 157 S. 121), Göschen (§ 399 S. 92), Unterholzner (S. 523 X, 524), Koch (§ 121 S. 407 Anm. 24), Dernburg (§ 107 S. 293) zu nennen.

scilicet hereditaria. nudo autem pacto interveniente minime donatorem hac actione teneri certum est.,

woraus erhelle, daß die Verpflichtung des Schenkers zur Eviktionshaftung eine ausdrückliche, und zwar in Stipulationsform erfolgte Übernahme der Haftung voraussetze.

Aus einer nicht in das corpus iuris aufgenommenen Sentenz des Paulus (L. 5 T. 11 § 5):

invitus donator de evictione rei donatae promittere non cogitur, nec eo nomine, si promiserit, oneratur; quia lucrativae rei possessor ab evictionis actione ipsa iuris ratione depellitur.

ergäbe sich sogar, daß eine Zeitlang selbst eine in Stipulationsform erfolgte Übernahme der Haftung für Eviktion unwirksam gewesen sei.

Desgleichen erhelle aus l. 18 § 3 D. 39, 5 und l. 48 D. 6, 1 (oben § 3 Abschn. I), welche auf jede Schenkung, möge sie dando oder promittendo erfolgen, zu beziehen seien, daß der Schenker für Eviktion nicht hafte.

Ein fernerer Beweis sei l. 62 D. 21, 1, wo gesagt sei, daß der Schenker wegen heimlicher Mängel der Sache nicht hafte.

c) Die herrschende Ansicht.[6])

Etwa seit der Mitte des 18. Jahrhunderts kam eine dritte Ansicht empor. Sie war zwar schon von älteren Rechtsgelehrten vertreten, wurde jedoch zuerst von dem späteren Kanzler Koch in seiner Inaugural-Dissertation „de evictione non indistincte praestanda" eingehend begründet und ist heute als die herrschende anzusehen.[7]) Auch wir werden dieser Ansicht folgen.

Es ist zu unterscheiden, ob das Schenkungsversprechen auf eine individuell (in specie) bestimmte Sache oder auf eine nur der Gattung nach (in genere) bestimmte Sache gerichtet ist;[8])

---

[6]) vgl. Glück S. 246 ff.

[7]) Zu ihren Vertretern zählen insbesondere Glück (S. 246 ff.), Windscheid (§ 366 S. 553 ff.), Vangerow (§ 610 Anm. 2 S. 315 ff.), Puchta (§ 362 S. 532), Schliemann (S. 39).

[8]) Koch unterscheidet von der donatio speciei (ich verspreche, dir mein schwarzes Reitpferd zu schenken) und der donatio generis (ich verspreche, dir ein schwarzes Reitpferd zu schenken) noch die donatio mixta, d. h. das Versprechen einer generisch bestimmten Sache, wobei jedoch gleichzeitig der Sachinbegriff angegeben ist, aus welchem die Sache geleistet werden soll, (ich schenke ein Schaf aus meiner Herde, eines von meinen schwarzen Reitpferden). Die Unterscheidung zwischen donatio generis und donatio mixta ist m. E. ungerechtfertigt, denn die donatio mixta ist nur eine Unterart der donatio generis, und zwar besteht der Unterschied darin, daß die Quantität, aus welcher die Sache zu leisten ist, bei der donatio generis grundsätzlich größer ist als bei der donatio mixta.

im ersten Fall werden wir den Schenker nicht für Eviktion haften lassen, im letzten Falle wird der Schenker für Eviktion aufzukommen haben.

Die Richtigkeit dieser Ansicht ergibt sich

α) aus den Quellen;

β) aus allgemeinen rechtlichen Erwägungen.

Zu *α*. Die Quellenstellen, welche unsere Ansicht rechtfertigen, sind l. 45 §§ 1 u. 2 und l. 46 de leg. I°.

l. 45 § 1: heres generaliter dare damnatus sanum eum (sc. servum) esse promittere non debet, sed furtis et noxiis solutum esse, promittere debebit, quia ita dare debet ut eum habere

---

Während bei der donatio mixta die Quantität, aus welcher die Sache zu leisten ist, ausdrücklich hervorgehoben ist, muß bei der donatio generis das ganze genus, in dem obigen Beispiele die Gesamtheit aller schwarzen Reitpferde, als die Quantität, aus welcher zu leisten ist, angesehen werden. Die Unterscheidung zwischen donatio mixta und donatio generis führt m. E. auch zu unhaltbaren Resultaten. Nach der Kochschen Theorie soll bei der donatio generis der Schenker unbedingt zur Eviktionshaftung verbunden sein, bei der donatio mixta soll der Schenker zwar grundsätzlich für Eviktion haften, aber dann befreit sein, wenn die ganze Quantität evinziert wird. Wie nun aber, wenn das ganze genus evinziert wird, was bei seltenen, vom Staate gehegten Tieren denkbar ist? Das Versprechen, „ich werde dir einen amerikanischen Büffel schenken" hält Koch für eine donatio generis; wenn nun sämtliche Büffel im Eigentum der amerikanischen Nation stehen und der tradierte Büffel evinziert wird, dann soll der Schenker unbedingt haften? Der Fall liegt doch genau so, wie wenn ich ein Tier aus meiner Herde zu schenken verspreche und die sämtlichen Tiere im Eigentum eines Dritten stehen! Wir werden daher von der donatio mixta absehen und nur die donatio speciei und die donatio generis berücksichtigen (so auch Fabian S. 11). Eine andere Frage ist, ob das Versprechen, ein Stück aus einer bestimmten Quantität zu leisten, als Gattungsschuld oder als alternative Obligation aufzufassen ist. Dernburg, BGB. Bd. 2 § 11 verneint in solchem Falle das Vorliegen einer Gattungsschuld. Windscheid (Bd. 2 § 255 Anm. 17) und Planck (§ 243 Anm. 2) halten in solchem Falle das Vorliegen einer generischen Verpflichtung nicht für ausgeschlossen. Gewiß kann in dem Versprechen, ein Schaf aus meiner Herde zu leisten, eine meiner ausstehenden Forderungen in Höhe von 100 zu zedieren, auch eine alternative Obligation erblickt werden. Ob ein generisches Versprechen oder eine alternative Verpflichtung gegeben ist, ist in jedem Falle Frage der Auslegung des Vertrages. „War keiner der zu dem bezeichneten Kreise gehörenden Gegenstände als Individuum in obligatione" (Windscheid a. a. O.), so werden wir eine Gattungsschuld als vorliegend ansehen müssen. Wir werden somit auch den Fall, daß A dem B verspricht, eine seiner ihm zustehenden Forderungen in Höhe von 100 zu zedieren, als generisches Versprechen behandeln. Wird im einzelnen Falle ein solches Versprechen als alternative Verpflichtung aufzufassen sein, so kann grundsätzlich der Schenker nach seiner Wahl irgendeine der Forderungen zedieren, er befreit sich auch durch Zession einer rechtlich mangelhaften Forderung und kann nur im Falle des dolus haftbar gemacht werden. Es finden also die für das Versprechen einer in specie bestimmten Forderung geltenden Grundsätze Anwendung (vgl. ferner unten § 7 Anm. 7).

liceat: sanitas autem servi ad proprietatem eius nihil pertinet: sed ob id, quod furtum fecit servus aut noxam nocuit, evenit, quominus eum habere domino liceat, sicuti ob id, quod obligatus est fundus, accidere possit ut eum habere domino non liceat.

§ 2: si vero certus homo legatus est, talis dari debet, qualis est.

l. 46: quae de legato dicta sunt, eadem transferre licebit ad eum, qui vel Stichum vel hominem dari promiserit.

Was zunächst l. 45 angeht, so ergibt sich aus einer Gegenüberstellung der §§ 1 u. 2, daß beide in einem Gegensatze stehen, der in den Worten „generaliter dare damnatus" und „certus homo legatus" gipfelt. § 1 handelt von dem Vermächtnis eines generell bestimmten, § 2 von dem Vermächtnis eines individuell bestimmten Sklaven. Bei dem Vermächtnis eines generell bestimmten Sklaven soll der Erbe nicht dafür haften, servum sanum esse, d. h. daß der Sklave nicht mit physischen Mängeln behaftet ist, wohl aber dafür, furtis et noxiis solutum esse. Die Haftung für das furtis et noxiis solutum esse ist aber nur ein Spezialfall des hier aufgestellten Grundsatzes, daß der Erbe für diejenigen Rechtsmängel des Sklaven haftet, welche eine Eviktion desselben herbeiführen können. Dies ergibt sich zunächst aus der Begründung: sanitas autem servi ad proprietatem eius nihil pertinet, denn die physischen Mängel sind ja für die Eigentumsverschaffung unerheblich; ferner aber aus dem Vergleich mit dem Falle, daß dem Eigentümer eines mit Pfandrechten belasteten Grundstückes dasselbe auf Grund der erfolgreich durchgeführten Pfandklage evinziert wird.

§ 1 stellt demnach den Grundsatz auf, daß bei dem Vermächtnis einer nur der Gattung nach bestimmten Sache der Erbe für die Eviktion der Sache haftet.

Einen Beweis für die Richtigkeit unserer Auffassung gibt l. 29 § 3 de leg. III°:

si heres tibi servo generaliter legato Stichum tradiderit, isque a te evictus fuisset, posse te ex testamento agere Labeo scribit, quia non videtur heres dedisse, quod ita dederat, ut habere non possis: et hoc verum puto.

Ebenso l. 58 D. 21, 2:

heres servum non nominatim legatum tradidit et de dolo repromisit; postea servus evictus est. agere cum herede legatarius ex testamento poterit, quamvis heres alienum esse servum ignoraverit.

§ 2, der vom Legat einer species handelt, bestimmt: Ist ein bestimmter Sklave vermacht worden, so soll der Erbe ihn so

geben, wie er ist, d. h. ohne für physische, aber auch ohne für rechtliche Mängel zu haften, die eine Eviktion herbeiführen könnten. Beim Vermächtnis einer Speziessache gilt somit der Grundsatz, daß der Erbe nicht für die Eviktion der Sache haftet.

Anderer Ansicht ist Becker[9]): Nach ihm besteht die Verschiedenheit der Haftung des heres generaliter dare damnatus und des heres, a quo certus homo legatus est, nicht darin, daß ersterer für die Eviktion der geleisteten Sache aufzukommen habe, letzterer nicht. Vielmehr führt er aus: Zur Eigentumsverschaffung sei der Erbe auch bei dem Legat einer species verpflichtet, das erhelle aus dem Worte dari debet; wenn also die vermachte species Eigentum eines Dritten gewesen und dem Legatar evinziert wäre, so habe der Erbe seiner Verbindlichkeit nicht genügt und könne noch auf Leistung in Anspruch genommen werden. Beim Legat einer generell bestimmten Sache sei aber die Haftung des Erben noch insofern erweitert, daß er außerdem noch dafür aufzukommen habe, daß das habere licere darum gebrochen wird, quia servus furtis et noxiis solutus non est. Beim Speziallegat sei also der Erbe zum einfachen dare, beim generellen Legat zum dare ut habere liceat verpflichtet.

Diese Auffassung kann als richtig nicht erachtet werden. Der Passus „sanitas autem servi ad proprietatem eius nihil pertinet“ und der dann folgende Vergleich mit dem Falle, daß dem Eigentümer eines mit Pfandrechten belasteten Grundstücks dasselbe bei Durchführung der Pfandklage evinziert wird, ergeben, daß die Haftung des Erben für das furtis et noxiis solutum esse allgemein seine Haftung dafür, daß der Sklave evinziert wird, bedeutet. Dann kann aber der § 2 nur den Sinn haben, daß beim Speziallegat der Erbe für Eviktion der Sache niemals haftet.

Betreffend l. 46 ist folgendes zu bemerken:

Daß hier wiederum der Gegensatz gemacht ist zwischen der Verpflichtung zur Leistung einer individuell bestimmten Sache und der Verpflichtung zur Leistung einer generell bestimmten Sache, ergibt die Gegenüberstellung von Stichum und hominem. Dasselbe, was vom Vermächtnis gilt, soll Anwendung finden auf denjenigen, welcher den bestimmten Sklaven Stichus oder generell einen Sklaven zu leisten „promiserit“.

Streitig ist, was an dieser Stelle promiserit bedeutet.

---

[9]) S. 257.

Promittere ist der technische Ausdruck für jede Stipulation. Dennoch ist die Auffassung Thibauts,[10]) l. 46 spreche ganz allgemein von der Stipulation, zu verwerfen. Es würde sich nämlich ergeben, daß auch der promissor aus einem onerosen Vertrage, z. B. der Verkäufer einer Speziessache dieselbe nur talis zu geben habe, qualis est. Da ein solches Ergebnis aber allen anerkannten Rechtssätzen über die Stipulation zuwiderlaufen würde, so kann diese Auslegung nicht richtig sein.[11])

Die Auffassung Unterholzners,[12]) l. 46 beziehe sich auf die cautio legatorum nomine, ist, wie Vangerow a. a. O. zutreffend hervorhebt, durch nichts begründet.

Allein zutreffend ist, unter promittere hier ein schenkweises Versprechen zu verstehen. Diese Auffassung wird heute fast allgemein vertreten[13]) und erscheint durch die innere Verwandtschaft zwischen Schenkung und Vermächtnis (legatum itaque est donatio quaedam a defuncto relicta § 1 I. II, 20) gerechtfertigt.

Das Ergebnis unserer Untersuchung ist somit, daß derjenige, der eine in specie bestimmte Sache zu schenken verspricht, für Eviktion der Sache nicht haftet, daß aber derjenige, der eine in genere bestimmte Sache zu schenken verspricht, für Eviktion der Sache haftet.

Zu β. Dieselbe Verschiedenheit der Haftung des Schenkers, je nachdem eine in specie oder in genere bestimmte Sache zu leisten versprochen ist, ergibt sich aus allgemeinen rechtlichen Erwägungen.

Bei dem Versprechen, eine species zu leisten, ist ein bestimmtes Individuum in obligatione; dieses Individuum muß geleistet werden. Hat der Schenker dasselbe dem Beschenkten bona fide übergeben, so hat er sein Versprechen erfüllt. War er nur vermeintlicher Eigentümer der Sache, so konnte er auch nicht mehr Recht auf den anderen übertragen, als er selbst hatte.[14])

Anders bei der Begründung einer generischen Verpflichtung! Verspricht jemand, einem anderen eine nur der Gattung nach bestimmte Sache schenkweise zu leisten, so ist anzunehmen, die Parteien sind stillschweigend übereingekommen, daß die zu leistende Sache nicht mit Rechten Dritter belastet sei, welche eine Eviktion herbeiführen könnten, insbesondere nicht Eigen-

---

[10]) S. 62.
[11]) Ebenso Glück S. 258; Vangerow § 610 Anm. 2.
[12]) S. 524 Anm. c.
[13]) Glück S. 258; Vangerow § 610 Anm. 2; Windscheid § 366 Anm. 8.
[14]) vgl. Glück S. 248 ff.

tum eines Dritten sei; dies verlangt Treu und Glauben. Das in obligatione befindliche genus besteht somit nur aus Sachen, die nicht mit Rechten dritter Personen belastet sind. Wird nun zur Erfüllung des Versprechens eine Sache tradiert, welche dem Beschenkten evinziert wird, so zeigt sich, daß die Sache nicht die vereinbarten Eigenschaften besaß, daß sie also nur scheinbar, nicht wirklich in dem in obligatione befindlichen genus enthalten war. Die Tradition dieser Sache hat daher die Obligation nicht zum Erlöschen bringen können, der Schenker hat somit seine Verbindlichkeit noch nicht erfüllt, vielmehr bleibt seine Verpflichtung, eine rechtlich mangelfreie Sache zu leisten, unberührt.

Etwas anderes muß gelten, wenn das ganze genus mangelhaft ist, was besonders im Falle der von Koch mit donatio mixta bezeichneten Schenkung vorkommen wird. Wenn hier jede einzelne Sache der Quantität im Eigentum eines Dritten steht oder mit Rechten Dritter belastet ist, dann kann der Beschenkte natürlich nicht geltend machen, die tradierte Sache sei nicht in dem genus enthalten gewesen, das von der obligatio umfaßt wurde.[14a])

Auf Grund dieser Erwägungen läßt sich nunmehr eine die Haftung des Schenkers einer Genussache betreffende Streitfrage leicht beantworten.

Die Frage ist nämlich: Wofür haftet der Schenker? Hat der Schenker dem Beschenkten das volle Interesse zu vergüten — so wollen Koch und Becker (S. 314ff.) —, oder ist er nur verpflichtet, ein anderes zu der versprochenen Gattung gehöriges Individuum zu leisten — diese Ansicht vertreten Glück (S. 267), Vangerow (§ 610 Anm. 2), Schliemann (S. 32ff.) —, oder haftet er nach Wahl des Beschenkten auf Tradierung einer anderen Sache oder Leistung des vollen Interesses? — dies ist die Auffassung Windscheids (§ 366 Anm. 8) —.

Wir werden uns der Ansicht anschließen müssen, daß der Schenker nur verpflichtet ist, eine andere Sache zu leisten. Denn die erfolgte Tradition war gemäß dem oben Ausgeführten nicht als geschehen anzusehen, quia non videtur debitor dedisse, quod ita dederat, ut habere non possis (l. 29 § 3 de leg. III°).[14b])

d) Widerlegung der von den Gegnern zum Beweise der Richtigkeit ihrer Auffassung angeführten Gründe.

Es mag noch kurz dargetan werden, daß das von uns gewonnene Ergebnis durch die von den Gegnern geltend gemachten Gründe keineswegs erschüttert wird.

[14a]) vgl. Schliemann S. 32ff.
[14b]) So auch Cohn S. 45; Fabian S. 28ff.

α) Die Gründe der Glossatoren.

Daß die l. 1 pr. C. 5, 12 für die Schenkung nichts beweisen kann, ist von Thibaut zutreffend dargetan (vgl. oben Abschn. b).

Die Auffassung, wenn die Schenkung mit einem Versprechen beginne, so habe der Schenker die Absicht, sich verbindlich zu machen, er habe aber seine Verbindlichkeit nicht erfüllt, wenn die Sache evinziert werde, bei einer sogleich durch Übergabe vollzogenen Schenkung verbinde sich der Schenker jedoch zu nichts, kann nicht als zutreffend erachtet werden. Wenn der Schenker eine individuell bestimmte Sache zu leisten verspricht, so will er nur dieses bestimmte Objekt zu leisten sich verpflichten und setzt bei der Abgabe des Versprechens voraus, daß er sich durch Tradition der Sache von seiner Verbindlichkeit befreien werde. Gewiß will er dem Beschenkten das Eigentum an der Sache übertragen, aber nur, weil er sich selbst für den Eigentümer hält! Wird später dem Beschenkten die Sache evinziert, so wäre es unbillig, den Schenker für die Eviktion haftbar zu machen, denn hierdurch würde er eine stärkere Belastung erleiden, als er durch das Schenkungsversprechen auf sich zu nehmen beabsichtigte; hätte er gewußt, daß die Sache nicht sein Eigentum war, so hätte er das Schenkungsversprechen nicht abgegeben.[15]) Somit erscheint auch aus inneren Gründen eine Gleichstellung der Haftungspflicht des Schenkers in den Fällen der donatio dando und der donatio promittendo bezüglich einer Speziessache gerechtfertigt.

Aus der nur auf die donatio dando bezüglichen l. 18 § 3 D. 39, 5 zu schließen, bei jeder donatio promittendo sei der Schenker für Eviktion haftbar, erscheint unstatthaft, da einmal innere Gründe die Gleichstellung der Haftung im Falle der donatio dando und der donatio promittendo bezüglich einer Speziessache rechtfertigen, ferner aber besondere Gesetze (l. 45 §§ 1 u. 2; l. 46 D. de leg. I[0]) die Haftung des Schenkers im Falle der donatio promittendo regeln.

β) Die Gründe Thibauts.

Die l. 2 C. 8, 44 beweist nichts gegen unsere Ansicht. Es handelt sich hier um die Schenkung von Grundstücken, also sicher um die Schenkung einer species;[16]) daß aber bei einer solchen den Schenker nur im Falle der besonderen Übernahme eine Haftung trifft, haben wir oben gezeigt.

---

[15]) vgl. Fabian § 7.
[16]) So auch Glück S. 265; Cohn S. 15.

Die ihrer Auslegung nach sehr bestrittene[17]) Sentenz des Paulus (L. 5 T. 11 § 5) kann, da nicht Teil der justinianischen Gesetzgebung, schon aus diesem Grunde für einen entscheidenden Beweis nicht gelten.[18])

Die l. 18 § 3 D. 39, 5 auf Schenkungsversprechen zu beziehen und daraus die Freiheit des Schenkers von der Haftung für Eviktion abzuleiten, ist unrichtig, denn das Gesetz spricht nur von der donatio dando.

Dies ergeben einmal die Definitionen in l. 35 § 1 D. 39, 6 und in l. 1 pr. D. 39, 5:

donatio dicta est a dono quasi dono datum.

dat aliquis ea mente, ut statim velit accipientis fieri nec ullo casu ad se reverti, et propter nullam aliam causam facit, quam ut liberalitatem et munificentiam exerceat, haec proprie donatio apellatur.

Dies ergibt sich ferner daraus, daß in l. 22 und l. 33 desselben Titels, wo es sich um Schenkungsversprechen handelt, die Wendungen donationis causa promittere und ex causa donationis spondere gebraucht werden. Ferner erhellt es aus dem Zusammenhang, denn die §§ 1 u. 2 der l. 18 handeln ebenfalls von der Realschenkung:

§ 1: si servum tibi tradidero ad hoc, ut eum post quinquennium manumittas . . .

§ 2: si donationis causa in hoc tradatur servus, ut post quinquennium manumittatur . . .[19])

Die l. 62 D. 21, 2 hat schon aus dem Grunde keine Beweiskraft gegen die von uns vertretene Auffassung, weil es sich dort um Sachmängel handelt, während hier die Haftung wegen Rechtsmängel in Frage steht.

Hiernach vermögen die Gründe der Gegner unsere Auffassung nicht zu entkräften; wir werden daher an dem gewonnenen Ergebnis festhalten.

Wie am Eingange dieses Paragraphen erwähnt, war es erforderlich, die Haftung des Schenkers einer Sache für Eviktion festzustellen, um die gewonnenen Grundsätze auf die Haftung des Schenkers einer Forderung für entgegenstehende Einreden entsprechend anzuwenden.

Die Frage: Wie haftet im Falle des auf Zession einer Forderung gerichteten Schenkungsversprechens der Schenker für

---

[17]) vgl. Cohn S. 11ff.
[18]) Glück S. 259ff.
[19]) So auch Glück S. 260, 261; Vangerow § 610 Anm. 2.

Einreden, die der Forderung entgegenstehen? ist nunmehr leicht beantwortet.

Bezog sich das Versprechen auf eine in specie bestimmte Forderung, so ist der Schenker nicht haftbar, wenn die Forderung durch Einreden entkräftet zu werden vermag. Klagt also der Beschenkte die abgetretene Forderung ein und wird mit der Klage abgewiesen, so kann er von dem Schenker nicht Ersatz der Prozeßkosten verlangen.

Nur im Falle einer dolosen Handlungsweise ist der Schenker auch hier haftbar.

Bezog sich das Versprechen auf eine in genere bestimmte Forderung, mag das genus größer oder kleiner sein, so ist der Schenker für Einreden, welche der zur Erfüllung des Versprechens zedierten Forderung entgegenstehen, insofern haftbar, als der Beschenkte die Zession der mangelhaften Forderung nicht als Erfüllung des Versprechens gelten zu lassen braucht, vielmehr gegen Rückzession derselben die Abtretung einer mangelfreien Forderung verlangen kann. Nur wenn das ganze genus, auf welches das Versprechen sich bezog, aus mangelhaften Forderungen bestand, ist ein Anspruch gegen den Schenker nicht begründet.

Zwei Fragen bedürfen hier noch der Beantwortung:

Wenn in dem Falle, daß nicht das ganze genus mangelhaft ist, der Schenker aber eine mangelhafte Forderung abgetreten hat, der Beschenkte letztere einklagt und mit der Klage abgewiesen wird, kann er da die Prozeßkosten von dem Schenker erstattet verlangen?

Diese Frage müssen wir verneinen. Denn hier tritt ja keine eigentliche Haftung für Eviktion ein, der Schenker hat dem Beschenkten also nicht den vollen Schaden zu ersetzen, der ihm durch die Zession der mangelhaften Forderung erwachsen ist. Eine Haftung für Schadensersatz ist hier so wenig begründet wie im Falle der Speziesschenkung. Nur die besondere Natur der generischen Verpflichtung hat zur Folge, daß der Anspruch des Beschenkten auf Zession einer mangelfreien Forderung unberührt bleibt, quia non videtur dedisse, quod ita dederat, ut habere non possis.

Einen Anspruch auf Schadensersatz kann auch hier der Beschenkte nur im Falle der dolosen Zession geltend machen. Letzteres gilt natürlich auch für den Fall, daß das ganze genus mangelhaft ist.

Kann ferner der Beschenkte den Schenker in Anspruch nehmen, sowie er erfährt, daß die abgetretene Forderung den Mangel hat, oder muß er den Schuldner zunächst ausklagen?

Der Beschenkte kann sofort Zession einer mangelfreien Forderung verlangen, natürlich gegen Rückübertragung der mangelhaften. Denn da die Zession einer mangelhaften Forderung nicht Erfüllung des Schenkungsversprechens ist, so gilt dasselbe, als wenn der Schenker auf das Versprechen überhaupt noch keine Leistung bewirkt hätte.[20]) Von dem Beschenkten zuvörderst die Ausklagung des Schuldners zu verlangen, wäre auch sehr unbillig, da er ja Ersatz der Prozeßkosten nur verlangen kann, wenn der Schenker in dolo war.

II.

Nunmehr ist die Haftung des Schenkers zu untersuchen für den Fall, daß der Gegenstand des Versprechens nicht existiert, sei es, daß er nie zur Existenz gelangt, sei es, daß er wieder erloschen ist.

Erörtern wir zunächst die Haftung, sofern das Versprechen auf eine in specie bestimmte Forderung gerichtet war.

Wie im § 2 Abschn. IV gezeigt, ist ein derartiger auf eine nicht existierende Forderung gerichteter Schenkungsvertrag nichtig.

Wie haftet aber der Versprechende, wenn er z. B. dem anderen Teile die angebliche Forderung zur Erfüllung des Versprechens (scheinbar) zediert und dieser im Prozeß gegen den angeblichen Schuldner unterliegt?

Die Antwort ist: der Versprechende haftet gar nicht. Der Grund ist derselbe, der in diesem Falle die Haftung für entgegenstehende Einreden und im Falle der donatio cedendo die Haftung wegen Nichtexistenz der Forderung ausschloß: den Schenker darf keine stärkere Belastung treffen, als er bei Abgabe des Versprechens übernehmen wollte. Nur im Falle einer dolosen Handlung ist auch hier eine Haftung begründet.[21])

Prüfen wir endlich den Fall, daß das ganze genus, auf welches sich das Versprechen bezog, nicht existiert — was allerdings kaum vorkommen wird.

Auch hier ist der Schenkungsvertrag nichtig; wir werden den Fall ebenso entscheiden wie den vorigen und dem Schenker

---

[20]) So auch Schliemann S. 72, 73.

[21]) Auch hier habe ich in der Literatur eine Erörterung der Frage nicht gefunden.

nur, falls er in dolo war, eine Haftung auferlegen. Daß nämlich, sofern das ganze genus nicht existiert, besondere in der Eigenart generischer Obligationen beruhende Grundsätze nicht Platz greifen können, bedarf keiner weiteren Ausführung.

2. Abteilung.

§ 5.

Die Haftung des Schenkers für die faktische Realisierbarkeit der Forderung.

Wir gehen nunmehr zu der Frage über, inwieweit der Schenker für die faktische Realisierbarkeit der Forderung einzustehen hat; soweit wir unsere Ansicht auf Quellenstellen stützen werden, ist — entsprechend dem in § 2 Abschn. IV Gesagten — zu berücksichtigen, daß die für die Haftung des Schenkers einer körperlichen Sache wegen Fehler der Sache geltenden Grundsätze auf die Haftung des Schenkers einer Forderung, sofern diese wegen eines faktischen Hindernisses nicht zu realisieren ist, entsprechend anzuwenden sind.

Bei unserer Untersuchung werden wir die Fälle der donatio cedendo und donatio promittendo bezüglich einer Speziesforderung einerseits und den Fall der donatio promittendo bezüglich einer Genusforderung andererseits zu trennen haben. In den beiden ersten Fällen werden wir die Haftung des Schenkers für die faktische Realisierbarkeit der Forderung verneinen, im letzten Falle sie bejahen.

I.

Daß in den Fällen der donatio cedendo und der donatio promittendo bezüglich einer Speziesforderung der Schenker für die faktische Realisierbarkeit der Forderung nicht haftet, ergibt sich zunächst mit Rechtsnotwendigkeit aus dem Verhältnis, in welchem die Haftung für die juristische Realisierbarkeit zu der Haftung für die faktische Realisierbarkeit der Forderung steht, in Verbindung mit dem von uns gewonnenen Ergebnis, daß in beiden Fällen der Schenker für die juristische Realisierbarkeit der Forderung grundsätzlich nicht haftet.

Wie nämlich oben erwähnt (§ 2 Abschn. III), ist die Haftung für die faktische Realisierbarkeit der Forderung die umfangreichere Haftung; in ihr ist stets die Haftung für die juristische Realisierbarkeit enthalten, nicht aber umgekehrt. Ist aber in

beiden Fällen nicht einmal die geringere Haftung gegeben, so kann auch nicht die umfangreichere, die geringere umfassende Haftung gegeben sein.

Denselben Grundsatz ergeben die Quellen, nämlich l. 62 D. 21, 2:

> ad res donatas edictum aedilium curulium non pertinere dicendum est: etenim quid se restiturum donator repromittit, quando nullum pretium interveniat? quid ergo si res ab eo cui donata est, melior facta sit, numquid quanti eius qui meliorem fecit interest, donator conveniatur? quod minime dicendum est, ne eo casu liberalitatis suae donator poenam patiatur. itaque si qua res donetur, necesse non erit ea repromittere, quae in rebus venalibus aediles repromitti iubent. sane de dolo donator obligare se et debet et solet, ne quod benigne contulerit fraudis consilio revocet.

Es sollen also die Vorschriften des ädilizischen Ediktes, welche eine Haftung des Verkäufers für Mängel der verkauften Sache festsetzen, auf Schenkungen keine Anwendung finden; begründet wird dies aus dem Wesen der Schenkung als einer ohne Entgelt erfolgenden Zuwendung. Selbst wenn der Beschenkte auf die Sache zum Zwecke ihrer Verbesserung Aufwendungen gemacht hat, so kann er doch nicht ihren Ersatz von dem Schenker verlangen, ne eo casu liberalitatis suae donator poenam patiatur.

Nur im Falle der dolosen Schenkung soll auch hier eine Haftung des Schenkers eintreten.

Dieses Ergebnis erscheint ferner, als der Natur einer Speziesschenkung entsprechend, durchaus befriedigend; denn dasselbe, was oben (§ 4 Abschn. 1 d α) bezüglich der Haftung für Einreden ausgeführt ist, gilt auch hier. Der Schenker einer in specie bestimmten Forderung — mag die Schenkung cedendo oder promittendo erfolgen — schenkt die Forderung so, wie sie ihm zusteht, allerdings in dem guten Glauben, daß ihrer Realisierbarkeit faktische Hindernisse nicht entgegenstehen; er will keine größere Verpflichtung auf sich nehmen, als in der Abtretung bezw. dem Versprechen der Abtretung liegt. Den Schenker später wegen der Nichtrealisierbarkeit der Forderung haftbar zu machen, würde bedeuten, ihm eine stärkere Belastung auferlegen, als er durch die Schenkung zu übernehmen beabsichtigte.

II.

Nunmehr ist zu untersuchen, ob im Falle des auf eine in genere bestimmte Forderung gerichteten Schenkungsver-

sprechens der Schenker für die faktische Realisierbarkeit der Forderung haftet.

Die Bejahung dieser Frage ergibt sich

α) aus den Quellen,

β) aus allgemeinen rechtlichen Erwägungen.

Zu *α*. Die Gesetzesstelle, welche hier in Betracht kommt, ist l. 110 D. de leg. I°.

> si heres generaliter servum, quem ipse voluerit, dare jussus sciens furem dederit isque furtum legatario fecerit, de dolo malo agi posse ait. sed quoniam illud verum est, heredem in hoc teneri, ut non pessimum det, ad hoc tenetur, ut et alium hominem praestet et hunc pro noxae dedito relinquat;

sie handelt zwar von der Haftung des mit einem generellen Vermächtnis beschwerten Erben, doch ist oben (§ 4 Abschn. Ic) gezeigt worden, daß dieselben Grundsätze auf denjenigen, der eine Genussache zu schenken versprochen hat, Anwendung finden.[1])

Hier ist im ersten Satz gesagt: Wenn der mit dem Legat eines generell bestimmten Sklaven beschwerte Erbe dem Vermächtnisnehmer wissentlich einen diebischen Sklaven geleistet und der Sklave den Vermächtnisnehmer dann bestohlen hat, so kann dieser den Erben auf Grund seines dolosen Verhaltens in Anspruch nehmen. Im zweiten Satz ist die Rede von dem Falle, daß der Erbe, ohne es zu wissen, dem Legatar einen diebischen Sklaven geleistet hat. Dies ist zwar nicht ausdrücklich ausgesprochen, ergibt sich aber einmal aus dem mit sed eingeleiteten Übergange, wodurch der zweite Satz in einen Gegensatz zum ersten Satz gestellt wird, ferner aus der angeführten Entscheidung: Der Erbe soll dem Legatar den diebischen Sklaven pro noxae dedito überlassen; durch noxae deditio des Sklaven kann der Eigentümer sich aber nur dann befreien, wenn er nicht selbst die Eigenschaft des Sklaven als eines diebischen kannte (l. 2 pr. D. 9, 4).

Diese Entscheidung würde nichts Ungewöhnliches bieten, wenn der Erbe zur Zeit der Begehung des Diebstahls Eigentümer des Sklaven gewesen wäre — denn ob dieser dem Legatar oder einem Dritten Schaden zufügt, ist unerheblich —; aber der Erbe hat den Sklaven dem Legatar bereits tradiert, somit ist der Legatar Eigentümer des Sklaven geworden; er mußte also das periculum tragen und könnte nicht von dem Erben Ersatz, event. die noxae deditio des Sklaven verlangen!

Wie läßt sich nun diese Entscheidung rechtfertigen?

---

[1]) vgl. über die folgende Ausführung Schliemann S. 39ff.

Den Weg zeigen die Worte: quoniam illud verum est, heredem in hoc teneri, ut non pessimum det: Der Erbe darf zur Erfüllung des Vermächtnisses nicht den schlechtesten Sklaven leisten; dieses hat er aber getan, da er einen fur geleistet hat. Der Erbe hat somit durch die Leistung dieses Sklaven seine Verbindlichkeit nicht erfüllt und der Anspruch des Legatars auf Leistung eines fehlerfreien Sklaven bleibt unberührt. Ist dies aber der Fall, dann war der Legatar auch sofort nach der Tradition des Sklaven verpflichtet, ihn dem Erben zurückzutradieren. War jedoch die Verpflichtung des Legatars, den Sklaven an den Erben zurückzutradieren, begründet, bevor die schädigende Handlung begangen war, so liegt der Fall demjenigen gleich, daß nach Abschluß eines Kaufvertrages über einen Sklaven, aber vor der Übergabe desselben der Sklave einen Schaden zufügt; in beiden Fällen trifft das periculum denjenigen, welchem der Sklave zu leisten war; dieser muß für den Schaden aufkommen, event. durch noxae deditio.

Auf diese Weise ist die Stelle erklärt: der Erbe hatte durch Übergabe des fehlerhaften Sklaven seine Verbindlichkeit nicht erfüllt, sofort nach der Tradition war daher für den Legatar die Pflicht zur Rücktradierung begründet, einen nach Begründung dieser Verpflichtung durch den Sklaven zugefügten Schaden hatte der Erbe event. mit noxae deditio des Sklaven zu vertreten.

Die Richtigkeit dieser Auslegung erhellt auch aus dem Satzbau der Gesetzesstelle: Der Jurist stellt im ersten Satze den Grundsatz auf, daß der Erbe, wenn er dolos einen fur tradiert hatte, auf Grund des dolus zu haften habe. Das scheint aber den Schluß zu rechtfertigen, daß abgesehen von einer dolosen Handlung eine Haftung des Erben nirgends begründet sei. Dies will der Jurist in Abrede stellen. Da der Erbe verpflichtet sei, ut non pessimum det, habe er durch Leistung eines fur seine Verbindlichkeit nicht erfüllt.

Bezüglich der Frage nach der Haftung des Erben scheint es jedoch unter den römischen Juristen abweichende Ansichten gegeben zu haben; so bestimmt l. 45 § 1 D. de leg. I°:

> heres generaliter dare damnatus, sanum eum (sc. servum) esse promittere non debet,

daß der Erbe nicht für Fehlerhaftigkeit der Sache zu haften habe.

Wir werden jedoch an unserer Auffassung festhalten, wobei wir unter Berücksichtigung der l. 46 D. de leg. I° zu dem Ergebnis gelangen, daß bei einem generischen Schenkungsversprechen der Schenker für die Fehlerhaftigkeit der zur Erfüllung

des Versprechens tradierten Sache einzustehen hat; dieses um so mehr, als auch l. 35 pr. §§ 1 u. 2 C. 8, 53 bestimmen, daß bei generischen Schenkungen Sachen mittlerer Güte zu leisten sind.

Unter Berücksichtigung des oben über die Gleichstellung der Haftung für Fehler einer Sache mit der Haftung für die auf einem faktischen Hindernis beruhende Nichtrealisierbarkeit einer Forderung Ausgeführten gelangen wir zu dem Resultat, daß im Falle eines auf eine in genere bestimmte Forderung gerichteten Schenkungsversprechens der Schenker für die faktische Realisierbarkeit der Forderung haftet.

Zu *β*. Diese Entscheidung entspricht auch dem Wesen der generischen Verpflichtung. Entsprechend dem oben bei der Haftung für Rechtsmängel Ausgeführten ist im Falle eines auf eine generisch bestimmte Forderung gerichteten Schenkungsversprechens als der Absicht der Parteien entsprechend anzunehmen, daß nur solche Forderungen als zu dem in obligatione befindlichen genus gehörig gelten sollen, welche eintreibbar sind, denn sonst würde event. der Beschenkte nicht den Genuß erwerben, den er zu erwerben und der Schenker ihm zu verschaffen beabsichtigte. Wird später zur Erfüllung des Versprechens eine Forderung zediert, die nicht eintreibbar ist, so zeigt sich, daß diese Forderung gar nicht in dem genus enthalten war, welches sich in obligatione befand, daß somit das Versprechen noch nicht erfüllt und der Anspruch des Beschenkten auf Zession einer mangelfreien Forderung noch nicht getilgt ist.

Nur in dem Falle, daß das ganze genus aus Forderungen besteht, welche nicht einzutreiben sind, ist auch hier durch Zession jener Forderung der Anspruch des Beschenkten getilgt.

Im übrigen gilt hier dasselbe, was oben (§ 4 Abschn. I am Schluß) bei der Haftung für Einreden ausgeführt ist und sich als eine Folge der besonderen Natur der generischen Verpflichtung darstellt, nämlich:

Die Haftung des Schenkers ist des näheren dahin zu bestimmen, daß er zur Zession einer mangelfreien Forderung verbunden bleibt — natürlich abgesehen von dem Fall, daß das ganze genus aus mangelhaften Forderungen besteht —, nicht aber dem Beschenkten das volle Interesse zu ersetzen hat.

Ist dem Beschenkten durch die Zession einer mangelhaften Forderung ein Schaden erwachsen — mag das ganze genus mangelhaft sein oder mag dies nicht der Fall sein —, so kann er den Schenker nur dann auf Ersatz in Anspruch nehmen, falls dieser in dolo die Zession vorgenommen hatte.

Der Beschenkte ist endlich nicht verpflichtet, den debitor cessus zuvörderst auszuklagen, sondern kann Zession einer anderen Forderung verlangen, sobald er von der Nichtrealisierbarkeit der Forderung Kenntnis erlangt hat.

3. Abteilung.

§ 6.

Die dolose Schenkung.

Bereits mehrfach ist darauf hingewiesen worden, daß eine besonders geregelte Haftung des Schenkers einer Forderung stets dann Platz greift, wenn die Schenkung in doloser Absicht erfolgt ist. Diese besondere Haftung trifft den Schenker nicht auf Grund des abgeschlossenen Schenkungsvertrages, sondern auf Grund seiner „ethisch zu mißbilligenden Handlungsweise“ (Cohn S. 43); die dem Beschenkten zustehende actio doli ist nicht eine Klage aus dem Schenkungskontrakt, sondern eine Deliktsklage.

I.

Prüfen wir zunächst, wann ein doloses Verhalten des Schenkers anzunehmen ist.

l. 1 § 2 D. 4, 3 definiert den Begriff des dolus:

> dolum malum esse omnem calliditatem fallaciam machinationem ad circumveniendum fallendum decipiendum alterum adhibitam,

also „jede arglistige Veranstaltung zur Benachteiligung eines anderen“.[1]) Der Begriff des dolus hat somit etwa denselben Inhalt, wie ihn § 826 BGB. feststellt: „Wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt“.

Demnach liegt eine dolose Schenkung dann vor, wenn sie vorgenommen ist, um den Beschenkten arglistigerweise zu schädigen.

Daß beim Vorliegen dieser Voraussetzung eine strengere Haftung des Schenkers Platz greift, entspricht auch der Billigkeit, denn er wird ja in Anspruch genommen nicht, weil er geschenkt, sondern weil er wider Treu und Glauben gehandelt hat.

---

[1]) Dernburg Bd. 1 § 86 Anm. 4.

II.

Untersuchen wir nunmehr den Umfang der Haftungspflicht des dolosen Schenkers.

Hier gibt uns l. 1 pr. D. 4, 3 Auskunft:

ne istis simplicitas sit damnosa,

d. h. dem Beschenkten soll seine Gutgläubigkeit nicht zum Schaden gereichen; hat er einen solchen Schaden erlitten, so muß der Schenker ihn ersetzen.

Der Schenker ist also nicht verpflichtet, dem Beschenkten das volle Interesse zu vergüten, sondern hat ihm nur das damnum emergens zu erstatten, d. h. das, um was er ärmer ist, als er vor der Schenkung war (z. B. die durch das Einklagen der nicht realisierbaren Forderung erwachsenen Prozeßkosten).

Bezüglich der donatio dando (cedendo) ist dieses noch ausdrücklich in l. 18 § 3 D. 39, 5 ausgesprochen: denn daraus, daß zunächst lediglich von den Aufwendungen die Rede ist, welche der Beschenkte auf das später evinzierte Grundstück gemacht hat, und sodann fortgefahren wird: plane de dolo posse me adversus eum habere actionem, si dolo fecit, ergibt sich, daß im Falle der dolosen Schenkung der Schenker nur zum Ersatze dieser Aufwendungen, also des sogen. negativen Vertragsinteresses verpflichtet ist.

Da aber der Anspruch aus der dolosen Schenkung als Anspruch aus einem Delikt sich darstellt, kann es keinen Unterschied machen, ob das Delikt gelegentlich einer donatio cedendo (dando) oder gelegentlich einer donatio promittendo begangen ist, der Umfang der Haftung des Schenkers ist stets derselbe.

Anderer Ansicht ist Cohn.[2]) Dieser spricht zwar von der Schenkung einer Sache, wir haben aber gesehen, daß bezüglich der Haftung des Schenkers die Schenkung einer Sache und die Schenkung einer Forderung gleichstehen.

In der Tatsache, daß jemand wissentlich eine rechtlich mangelhafte Sache schenkt, sieht er eine stillschweigende Übernahme der Eviktionshaftung; liege dieser Wille auf seiten des Schenkers nicht vor, so habe man es mit einer Mentalreservation zu tun, die vom Gesetz keine Berücksichtigung erfahre.

Diese Auffassung ist willkürlich und weder aus dem Gesetz noch aus allgemeinen Erwägungen zu rechtfertigen. Der Umfang der auf Grund des dolus erwachsenden Haftpflicht ist in l. 18 § 3 D. 39, 5 genau bestimmt und entspricht der in l. 1 pr. D. 4, 3 gegebenen ratio legis.

---

[2]) S. 44.

Wir können das Ergebnis unserer Untersuchung somit dahin formulieren:

In allen Fällen, wo für den Schenker einer Forderung auf Grund seines dolosen Verhaltens eine Haftung erwächst, betrifft diese Haftung lediglich das negative Vertragsinteresse, d. h. dasjenige, um welches der Beschenkte ärmer geworden ist, als er vor der Schenkung war.[3])

2. Kapitel.

Die gesetzliche Haftung des Schenkers einer Forderung nach dem Rechte des BGB.

1. Abteilung.

§ 7.

Die Haftung des Schenkers für die juristische Realisierbarkeit der Forderung.

I.

Die Gesetzesstellen, auf Grund deren wir die Haftung des Schenkers einer Forderung für ihre juristische Realisierbarkeit bestimmen werden, sind die §§ 523, 306, 307 Abs. 1:

§ 523: Verschweigt der Schenker arglistig einen Mangel im Rechte, so ist er verpflichtet, dem Beschenkten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen.

Hatte der Schenker die Leistung eines Gegenstandes versprochen, den er erst erwerben sollte, so kann der Beschenkte wegen eines Mangels im Rechte Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, wenn der Mangel dem Schenker bei dem Erwerbe der Sache[1]) bekannt gewesen oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist. Die für die Gewähr-

---

[3]) So auch Savigny § 157 S. 121; Koch S. 407; Fabian S. 5.

[1]) Das Gesetz spricht von der Schenkung eines Gegenstandes; nach § 90 BGB. ist der Begriff des Gegenstandes weiter als der Begriff der Sache, indem jener auch die Rechte, insbesondere auch die Forderungen umfaßt. Daher muß — wie der Zusammenhang ergibt — der auf einem Fassungsversehen beruhende Satz „wenn der Mangel dem Schenker bei dem Erwerbe der ‚Sache' bekannt gewesen . . ." dahin abgeändert werden, daß er lautet: „wenn der Mangel dem Schenker bei dem Erwerbe des ‚Gegenstandes' bekannt gewesen . . ." (vgl. Planck § 523 Anm. 1b; Staudinger § 523 Anm. 2b; Oertmann § 523 Anm. 2c).

leistungspflicht des Verkäufers geltenden Vorschriften des § 433 Abs. 1, der §§ 434—437, des § 440 Abs. 2—4 und der §§ 441—444 finden entsprechende Anwendung.

§ 306: Ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag ist nichtig.

§ 307 Abs. 1: Wer bei der Schließung eines Vertrages, der auf eine unmögliche Leistung gerichtet ist, die Unmöglichkeit der Leistung kennt oder kennen muß, ist zum Ersatze des Schadens verpflichtet, den der andere Teil dadurch erleidet, daß er auf die Gültigkeit des Vertrags vertraut, jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus, welches der andere Teil an der Gültigkeit des Vertrags hat. Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der andere Teil die Unmöglichkeit kennt oder kennen muß.

Der § 523 regelt die Haftung des Schenkers nur für den Fall, daß der Forderung Einreden entgegenstehen bezw. die Forderung der Klagbarkeit ermangelt, nicht aber für den Fall, daß die Forderung gar nicht existiert, indem sie entweder nie zur Existenz gelangt oder wieder erloschen ist; dies ergibt einmal der Umstand, daß das Gesetz von einem Mangel im Rechte spricht, wenn jedoch die Forderung nicht existiert, so liegt nicht ein Mangel im Rechte vor, vielmehr existiert dann das Recht selbst nicht, ferner aber der Umstand, daß der Abs. 2 den Erwerb der Forderung, mithin ihre Existenz voraussetzt.

Dagegen ist die Haftung des Schenkers für den Fall, daß die Forderung nicht existiert, an sich nach den §§ 306, 307 Abs. 1 zu bestimmen, denn ein Vertrag über eine nicht existierende Forderung ist ein Vertrag über eine unmögliche Leistung.[2]) Ob und inwieweit aber die für alle Schuldverträge geltende Vorschrift des § 307 durch die in den §§ 521, 523 aufgestellten Grundsätze zu modifizieren sein wird, wird später im einzelnen gezeigt werden.

Während der 1. Entw. im Anschluß an die herrschende Lehre des gemeinen Rechts zwischen der Schenkung eines in specie bestimmten Gegenstandes und dem Versprechen eines nur in genere bestimmten Gegenstandes unterschied und im ersten Falle den Schenker grundsätzlich von jeder Haftung freisprach, dagegen im zweiten Falle ihn haften ließ, wurde bereits im 2. Entw. diese Unterscheidung als innerlich unbegründet aufgeben und eine andere Unterscheidung aufgenommen, welche auch in das Bürgerliche Gesetzbuch übergegangen ist.

---

[2]) vgl. Oertmann § 306 Anm. 1c; Planck § 306 Anm. 2; Staudinger § 306 Anm. 5.

Wie nämlich eine Gegenüberstellung der Abs. 1 u. 2 des § 523 ergibt, ist die Haftung des Schenkers für Rechtsmängel des verschenkten Gegenstandes verschieden bestimmt, je nachdem ein Gegenstand geschenkt wird, der dem eigenen Vermögen des Schenkers entnommen ist, oder ein Gegenstand, den der Schenker erst erwerben soll; im ersten Fall bestimmt sich die Haftung nach Abs. 1, im zweiten Fall nach Abs. 2.

Es wird daher zunächst die Haftung des Schenkers für den Fall, daß die Forderung zu seinem eigenen Vermögen gehörte (Abschn. II), sodann die Haftung für den Fall, daß er eine erst zu erwerbende Forderung zu schenken versprochen hatte (Abschn. III), zu prüfen sein. Da ferner die verschiedenen Arten der Schenkung — donatio cedendo, donatio promittendo bezüglich einer Speziesforderung, donatio promittendo bezüglich einer Genusforderung — auch für die nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu beurteilende Haftung des Schenkers von Bedeutung sind, werden wir bei der Schenkung einer zu dem eigenen Vermögen des Schenkers gehörenden Forderung sämtliche drei Schenkungsarten, bei dem auf eine erst zu erwerbende Forderung bezüglichen Schenkungsversprechen den Fall des eine Speziesforderung betreffenden und den Fall des eine Genusforderung betreffenden Versprechens einzeln untersuchen.[3]) Endlich wird die Haftung wegen Rechtsmängel (Einreden bezw. Nichtklagbarkeit) und die Haftung wegen Nichtexistenz der Forderung bei jeder Schenkungsart getrennt geprüft werden.

II.

a) Der Fall der donatio cedendo.

α) Erfolgt die Schenkung unmittelbar durch die Zession der Forderung, so ist der Schenker, falls die Forderung mit Rechtsmängeln behaftet ist, grundsätzlich von jeder Haftung frei. Das Gesetz geht von dem Gedanken aus, daß der Schenker den verschenkten Gegenstand nur so gewähren will und soll, wie er ihn hat, und zur Verschaffung eines Rechtes an dem Gegenstande, welches er selbst nicht hat, nicht verpflichtet ist.[4]) Nur wenn er den Rechtsmangel dem Beschenkten arglistig verschweigt, ist er haftbar, und zwar haftet er dann auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses, d. h. auf Ersatz dessen, um was der Beschenkte durch die Schenkung ärmer geworden ist, als er vor der Schenkung war (z. B. auf Ersatz der Prozeßkosten).

---

[3]) Der Fall der donatio cedendo scheidet hier natürlich aus.
[4]) Planck § 523 Anm. 1a; Oertmann § 523 Anm. 1.

β) Existiert die Forderung gar nicht, so ist der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag, als auf eine unmögliche Leistung gerichtet, nichtig.

Man könnte hier versucht sein, die Haftung des (scheinbaren) Schenkers nach § 307, modifiziert durch § 521, zu bestimmen.[5]) Dies würde m. E. jedoch unrichtig sein. Will man schon die im § 307 für jeden Schuldner festgesetzte Haftung gemäß § 521 auf die Haftung für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränken, so muß man auch weiterhin die dem Schenker regelmäßig obliegende, im § 521 normierte Haftung durch die Vorschrift des § 523 Abs. 1, daß der Schenker, sofern es sich um Rechtsmängel des verschenkten Gegenstandes handelt, nur für Arglist haftet, modifizieren. Zwar spricht § 523 Abs. 1 nur von Rechtsmängeln, regelt somit nicht unmittelbar die Haftung wegen Nichtexistenz der Forderung; doch ist m. E. der Sinn des Gesetzes der, daß überall, wo der Beschenkte infolge eines juristischen Hindernisses nicht das Recht erwirbt, welches er zu erwerben beabsichtigte — sofern der Gegenstand dem eigenen Vermögen des Schenkers entnommen ist —, der Schenker nur im Falle des arglistigen Verschweigens haftbar sein soll.[6]) Es wäre doch auch ein unbefriedigendes Ergebnis, wenn derjenige, der cedendo eine mit Einreden behaftete Forderung schenkt in dem guten Glauben, sie sei rechtlich mangelfrei, anders haften sollte als derjenige, der in dem guten Glauben, eine Forderung zu haben, dieselbe cedendo zu schenken sucht. Wir werden somit auch in dem Falle, daß die Forderung nicht existiert, den Schenker gemäß § 523 Abs. 1 haften lassen.

b) Der Fall der donatio promittendo bezüglich einer in specie bestimmten Forderung.

α) Hatte der Schenker versprochen, eine zu seinem eigenen Vermögen gehörende in specie bestimmte Forderung zu schenken,

---

[5]) Dies scheint die Ansicht Plancks (§ 521 Anm.) und Oertmanns (§ 521 Anm. 3c) zu sein. Beide haben allerdings nur das Versprechen einer unmöglichen Leistung im Auge, ihre Auffassung würde also unmittelbar nur den Fall der donatio promittendo bezüglich einer nicht existierenden Forderung betreffen. Sie würden aber in dem hier vorliegenden Falle m. E. ebenso entscheiden müssen, denn einmal ist auch ein solcher Vertrag als ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag anzusehen, sodann verlangt aber — mit Rücksicht darauf, daß die Haftung des Schenkers für Rechtsmängel in den Fällen der donatio cedendo und der donatio promittendo gleichartig geregelt ist, für beide gilt § 523 Abs. 1 — der Sinn des Gesetzes, daß auch bezüglich der Haftung des Schenkers wegen Nichtexistenz der Forderung die Fälle der donatio cedendo und der donatio promittendo gleichgestellt werden.

[6]) vgl. auch Cohn S. 53, 54.

so ist die Haftung dieselbe wie im Falle der donatio cedendo. Ist die Forderung mit Rechtsmängeln behaftet, so ist nur im Falle des arglistigen Verschweigens eine Haftung auf das negative Vertragsinteresse begründet.

β) Existiert die Forderung gar nicht, so ist der Schenkungsbetrag nach § 306 nichtig, die Haftung jedoch aus den beim vorigen Falle ausgeführten Erwägungen nach § 523 Abs. 1 zu bestimmen.

c) Der Fall der donatio cedendo bezüglich einer in genere bestimmten Forderung.

α) Zu einem abweichenden auf der besonderen Natur der generischen Verpflichtung beruhenden Ergebnis gelangen wir, sofern das Versprechen sich auf eine in genere bestimmte Forderung bezieht (z. B. A verspricht dem B, eine der 50 ihm zustehenden Forderungen in Höhe von 100 zu zedieren).[7])

Wie bereits für das gemeine Recht ausgeführt,[8]) ist davon auszugehen, daß nach dem stillschweigenden Übereinkommen der Parteien nur solche Forderungen als zu dem in obligatione befindlichen genus gehörig gelten sollen, welche realisierbar sind; nur eine solche Auslegung des Vertrages entspricht den Grundsätzen von Treu und Glauben. Wird später zur Erfüllung des Versprechens eine mit Rechtsmängeln behaftete Forderung zediert, so ist, da diese Forderung gar nicht in obligatione war, das Versprechen noch nicht erfüllt und der Anspruch auf Zession einer mangelfreien Forderung bleibt unberührt. Allerdings geht

---

[7]) Der Fall A verspricht dem B (allgemein) eine Forderung in Höhe von 100 zu zedieren, scheidet hier von der Betrachtung aus, vielmehr kann, da § 523 Abs. 1 voraussetzt, daß aus dem vorhandenen Vermögensbestande des Schenkers geschenkt wird, nur das obige Beispiel in Frage kommen. Hier liegt ein fernerer Beweis dafür, daß die Unterscheidung zwischen donatio generis und donatio mixta nicht gerechtfertigt ist; nach jener Theorie würde nämlich bei der Schenkung aus dem eigenen Vermögen des Schenkers niemals eine donatio generis, sondern stets eine donatio mixta vorliegen; daß hier aber eine Gattungsschenkung möglich ist, erkennen die Prot. S. 27 an. Auch Oertmann, welcher im § 243 Anm. 1a betont, daß die Versprechen von Teilen und Stücken aus einer individuell bezeichneten Menge nicht unter den Begriff der Gattungsschuld fallen, erkennt im § 523 Anm. 2c an, daß ein Schenkungsversprechen dahingehend, ein nur gattungsmäßig bestimmtes Objekt aus dem Bestande des Schenkers zu liefern, möglich ist. Ich vermag den Unterschied nicht einzusehen, der Bestand des Schenkers ist doch auch eine individuell bezeichnete Menge! Übrigens betonen die Mot. (S. 11) ausdrücklich, daß sogen. gemischt generische Obligationen entweder zur Klasse der alternativen Obligationen oder zu derjenigen der generischen Obligationen gehören (vgl. oben § 4 Anm. 8).

[8]) vgl. § 4 Abschn. Ic β.

das Gesetz bei der Schenkung aus eigenem Vermögen von dem Gedanken aus, der Schenker solle den Gegenstand nur so gewähren, wie er ihn hat; damit steht aber nicht im Widerspruch, daß der Schenker gehalten ist, nach Möglichkeit sein Versprechen zu erfüllen, und sich, solange er rechtlich mangelfreie Forderungen besitzt, nicht durch Zession einer mangelhaften Forderung befreien darf.[9])

Etwas anderes gilt, wenn das ganze genus aus mangelhaften Forderungen besteht; dann kann der Beschenkte nicht geltend machen, die zedierte Forderung sei nicht in obligatione gewesen, vielmehr ist durch ihre Zession das Schenkungsversprechen erfüllt.

Entsteht dem Beschenkten durch die Zession der mangelhaften Forderung ein Schade (z. B. Prozeßkosten), so bestimmt sich eine eventuelle Verpflichtung des Schenkers zum Schadensersatz nach § 523 Abs. 1: Sowohl in dem Falle, daß das ganze genus aus mangelhaften Forderungen bestand, wie in dem Falle, daß auch mangelfreie Forderungen zu demselben gehörten, ist der Schenker zum Ersatz des negativen Vertragsinteresses nur dann verpflichtet, wenn er den Rechtsmangel arglistig verschwiegen hat.

Gehörten zu dem genus auch mangelfreie Forderungen und hat der Schenker eine mangelhafte zediert, so ist die Rechtslage die gleiche, als wenn auf das Versprechen überhaupt noch keine Leistung bewirkt wäre. Der Beschenkte ist daher nicht verpflichtet, den Schuldner zuvörderst auszuklagen, kann vielmehr gegen Rückzession der mangelhaften Forderung sofort Zession einer mangelfreien Forderung verlangen. Dies muß um so mehr gelten, als der Beschenkte Ersatz der Prozeßkosten vom Schenker nicht verlangen könnte, denn da der Beschenkte den Rechtsmangel kennt, kann ein arglistiges Verschweigen des Schenkers nicht in Frage kommen (Staudinger § 523 Anm. 2 δ; Neumann § 523 Anm. 1).

β) Existiert das ganze genus nicht, auf welches sich das Versprechen bezog (z. B. die sämtlichen 50 Forderungen des A waren zur Zeit der Abgabe des Schenkungsversprechens erloschen), so ist die Rechtslage die gleiche, wie wenn das Versprechen auf eine nicht existierende in specie bestimmte Forderung sich bezog; daß in diesem Falle besondere in der Eigenart generischer Obligationen beruhende Grundsätze nicht Platz greifen können, versteht sich von selbst. Der Vertrag ist nichtig, die Haftung des Schenkers bestimmt sich jedoch nach § 523 Abs. 1.

---

[9]) So auch Schmidt S. 45, 46; a. A. ist Fabian S. 38, 39.

Bei der Schenkung aus dem eigenen Vermögen des Schenkers bedarf noch ein Punkt der Erwähnung.

Cohn (S. 49) will hier das Höchstmaß des Schadensersatzes nach Analogie der §§ 122, 307 Abs. 1 auf das Interesse beschränken, das der Beschenkte am Genuß des vollen Rechtes gehabt hätte. Diese Auffassung ist willkürlich. Es ist denkbar, daß der Beschenkte eine mit Rechtsmängeln behaftete oder nicht existierende Forderung von solcher Höhe einklagt, daß im Falle des Unterliegens die Prozeßkosten den Wert der Forderung übersteigen; in solchem Falle hat der arglistige Schenker die Gesamtsumme der Prozeßkosten zu erstatten, nicht nur die Kosten in Höhe der Forderung. Daraus, daß in § 523 Abs. 1 die Höhe der Ersatzpflicht nicht entsprechend der in den §§ 122, 307 Abs. 1 gegebenen Vorschrift beschränkt ist, ist gerade per argumentum e contrario zu entnehmen, daß jene Beschränkung hier nicht stattfindet.

III.

Was die Schenkung einer Forderung angeht, welche der Schenker erst erwerben sollte, so wird die Haftung des Schenkers wegen Rechtsmängeln der Forderung im § 523 Abs. 2 geregelt. Hier ist allgemein die Rede von der Leistung eines Gegenstandes, die Vorschrift trifft also sowohl den Fall, daß eine in specie bestimmte, als auch den Fall, daß eine in genere bestimmte Forderung versprochen wird.

Der Abs. 2 des § 523 ist jedoch nicht klar abgefaßt, seine Auslegung gibt zu Zweifeln Anlaß.

Halten wir uns streng am Wortlaute des Gesetzes, so gelangen wir mit Oertmann (§ 523 Anm. 2c, 3) zu folgendem Ergebnis:

Ist die Forderung, die der Schenker erworben hat, mit einem Rechtsmangel behaftet, so kann der Beschenkte Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, wenn der Rechtsmangel dem Schenker bei dem Erwerbe der Forderung bekannt gewesen oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist. Bleibt aber in diesem Falle der Anspruch auf Erfüllung ausgeschlossen? Dieses ist zu verneinen. Die prinzipale Verpflichtung des Schenkers besteht darin, dem Beschenkten eine rechtlich mangelfreie Forderung zu verschaffen, dies ergibt der im Satz 2 erfolgende Hinweis auf die §§ 433 Abs. 1, 434, 437; daß diese Verpflichtung aufgehoben sei, ist nirgends zu entnehmen. Da der Anspruch auf Erfüllung bestehen bleibt, so kann derselbe in einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung nur unter

den allgemeinen in den §§ 280, 283, 286 Abs. 2 aufgeführten Voraussetzungen umgewandelt werden.[10])

Nun verweist aber Satz 2 unabhängig von Satz 1 auf die §§ 433 Abs. 1, 434, 437, wonach der Schenker verpflichtet ist, dem Beschenkten eine rechtlich mangelfreie Forderung zu zedieren. Diese Verpflichtung bleibt offenbar bestehen, auch wenn dem Schenker bei dem Erwerbe der Forderung der Rechtsmangel nicht bekannt gewesen oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist, denn es ist nicht zum Ausdruck gebracht worden, daß auch der Anspruch auf Leistung einer mangelfreien Forderung von jenen subjektiven Voraussetzungen abhängig ist. Klagt aber der Beschenkte auf Erfüllung dieser Verpflichtung und wird der Schenker zur Zession einer mangelfreien Forderung rechtskräftig verurteilt, so hat der Beschenkte wiederum nicht, wie jeder andere Gläubiger, das bequeme Mittel, durch Fristsetzung gemäß § 283 den Erfüllungsanspruch in einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung zu verwandeln, denn für den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung ist ja Voraussetzung, daß dem Schenker beim Erwerbe der Forderung der Rechtsmangel bekannt gewesen oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist. Der Beschenkte könnte in diesem Fall nach § 887 ZPO. den Antrag stellen auf gerichtliche Ermächtigung, auf Kosten des Schenkers eine rechtlich mangelfreie Forderung zu erwerben. Wollte man aber dem Beschenkten auch dieses Recht nicht zugestehen, so hätte er einen Anspruch, der nicht vollstreckbar ist.[11])

Die Auslegung, welche Oertmann bietet, führt zu einem Ergebnis, das vom Gesetzgeber nicht gewollt sein kann; das Gesetz tritt mit sich selbst in Widerspruch, wenn es dem Beschenkten den Anspruch auf Lieferung einer rechtlich mangelfreien Forderung gewähren, ihm aber die Verwirklichung des Anspruches versagen würde. Außerdem deckt sich dieses Ergebnis nicht mit dem Sinne, den ausweislich der Protokolle der Gesetzgeber dem Abs. 2 hat geben wollen. In den Protokollen (S. 27, 28) wird die Vorschrift des Abs. 2 folgendermaßen begründet: „Der Erwerb erfolge hier im Interesse des Beschenkten, der Erwerber dürfe daher nicht ganz sorglos zu Werke gehen. Habe er sich vorsätzlich oder grobfahrlässig mit einem Nichtberechtigten eingelassen und infolgedessen dem Beschenkten das ihm zugedachte Recht überhaupt nicht oder nicht vollständig

---

[10]) So auch Planck § 523 Anm. 1b; Oertmann § 523 Anm. 2c; Staudinger § 523 Anm. 2b β; Cohn S. 55.

[11]) vgl. über die obigen Ausführungen Cohn S. 59.

verschafft, so müsse er nach § 442 des Entwurfes (§ 521 BGB.) wegen Nichterfüllung haften".

Demnach müssen wir den Abs. 2 dahin auslegen: der Schenker hat dem Beschenkten grundsätzlich eine von Rechtsmängeln freie Forderung zu verschaffen — dafür wird auf die §§ 433 Abs. 1, 434, 437 verwiesen. Hat er diese Verpflichtung nicht erfüllt, so haftet er dem Beschenkten auf Erfüllung und nach allgemeinen Grundsätzen (§§ 280, 283, 286 Abs. 2) auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, jedoch nur dann, wenn ihm beim Erwerbe der Forderung der Rechtsmangel bekannt gewesen oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist. Trifft den Schenker dieser Vorwurf nicht, so ist jeder Anspruch des Beschenkten wegen des Rechtsmangels ausgeschlossen.[12])

Prüfen wir nunmehr im einzelnen die Haftung des Schenkers.

a) Der Fall der donatio promittendo bezüglich einer in specie bestimmten Forderung.

α) Hat der Schenker eine in specie bestimmte erst zu erwerbende Forderung zu zedieren versprochen (z. B. A verspricht dem B. diejenige Forderung in Höhe von 100 zu erwerben und zu zedieren, welche dem X gegen Y zusteht), so ist er verpflichtet, die Forderung frei von Rechtsmängeln dem Beschenkten zu verschaffen — dies ergibt der Hinweis auf die §§ 433 Abs. 1, 434, 437.[13])

Ist nun die Forderung mit einem Rechtsmangel behaftet und war derselbe dem Schenker beim Erwerbe der Forderung bekannt, so haftet er dem Beschenkten auf Erfüllung, d. h. auf Verschaffung der fraglichen Forderung in mangelfreiem Zustande, event. auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Diese Haftung wird auch nicht ohne weiteres dadurch beseitigt, daß der Schenker dem Beschenkten den Rechtsmangel mitteilt, wie Ortloff (S. 322) annimmt; durch eine einseitige Erklärung kann der Schenker sich nicht von seiner Verpflichtung befreien, sondern nur durch einen Vertrag mit dem Beschenkten. Zwar

[12]) So auch Planck § 523 Anm. 1b; Haidlen § 523 Anm.; Cohn S. 58.

[13]) Die gesetzliche Haftung des Schenkers wird hier selten praktisch werden. A wird über die Rechtsverhältnisse der Forderung fast stets orientiert sein und dem B von etwaigen Rechtsmängeln Mitteilung machen. Läßt B dann trotz Kenntnis der Rechtsmängel sich die Zession der Forderung versprechen, so wird die gesetzliche Haftung meistens als durch Parteivereinbarung aufgehoben anzusehen und anzunehmen sein, daß A nur verpflichtet ist, dem B die Forderung in demjenigen rechtlichen Zustande zu zedieren, wie sie dem X zusteht. Dies ist aber im einzelnen Falle quaestio facti.

wird in dem Falle, daß der Schenker dem Beschenkten den Rechtsmangel mitteilt und dieser sich trotzdem zur Erfüllung des Versprechens die Forderung zedieren läßt, häufig eine Parteivereinbarung anzunehmen sein, durch welche die gesetzliche Haftung des Schenkers aufgehoben wird. Denkbar ist aber auch, daß der Beschenkte dem Schenker auf dessen Mitteilung von dem Rechtsmangel erklärt: „Ich lasse mich auf eine Vereinbarung nicht ein, ich verlange Erfüllung event. Schadensersatz wegen Nichterfüllung". In solchem Falle bleibt der Schenker trotz der Mitteilung des Rechtsmangels haftbar — umgekehrt als im Falle der Schenkung aus dem eigenen Vermögen, wo der Schenker durch Mitteilung des Rechtsmangels sich stets von jeder Haftung befreit.[13a])

Ist dem Schenker der Rechtsmangel bei dem Erwerbe der Forderung infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben, so ist seine Haftung dieselbe, ohne Unterschied, ob ihm der Rechtsmangel bis zur Zession der Forderung an den Beschenkten unbekannt bleibt, oder ob ihm der Rechtsmangel bekannt wird und er ihn dem Beschenkten mitteilt.[14])

Ist endlich dem Schenker der Rechtsmangel bei dem Erwerbe der Forderung unbekannt, ohne daß ihm grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt, so ist er von jeder Haftung frei.

Wie bestimmt sich aber die Haftung des Schenkers, wenn in diesem Falle der Schenker nach dem Erwerbe der Forderung, aber vor ihrer Zession an den Beschenkten den Rechtsmangel erfährt?

Eine Haftung auf Grund des Abs. 2 des § 523 kann nicht in Frage kommen, da bei dem Erwerbe der Forderung dem Schenker ein Verschulden, welches er zu vertreten hätte, nicht zur Last fiel. Dagegen muß jetzt wiederum eine Haftung auf Grund des Abs. 1 des § 523 eintreten, indem die Rechtslage so anzusehen ist, als wenn die Forderung aus dem eigenen Vermögen des Schenkers geschenkt wäre. Der Schenker ist also haftbar, wenn er dem Beschenkten den Rechtsmangel arglistig verschweigt, und haftet dann auf das negative Vertragsinteresse.[15])

β) Untersuchen wir jetzt die Haftung des Schenkers für den Fall, daß die zu erwerbende Speziesforderung, auf welche sich das Schenkungsversprechen bezog, nicht existiert.

[13a]) Ebenso Fabian S. 40.

[14]) Abgesehen von einer im letzten Falle event. anzunehmenden Parteivereinbarung.

[15]) So auch Fabian S. 41.

Hier ist die Haftung auf Grund des § 307 zu bestimmen, jedoch modifiziert durch § 521, so daß nur eine Haftung für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit in Frage kommt.[16])

Hiernach ist eine Haftung des Schenkers dann begründet, wenn er bei der Abgabe des Schenkungsversprechens die Nichtexistenz der Forderung kannte oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht kannte. Seine Haftung geht auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses, findet jedoch ihre Begrenzung in dem positiven Vertragsinteresse. Der Anspruch des Beschenkten ist ausgeschlossen, wenn er die Nichtexistenz der Forderung kannte oder infolge (geringer) Fahrlässigkeit nicht kannte, und zwar genügt es zur Ausschließung des Anspruches, wenn dem Beschenkten infolge (geringer) Fahrlässigkeit die Nichtexistenz der Forderung unbekannt war, auch wenn der Schenker sie kannte.[17])

Eine Frage bedarf hier der Erörterung:

Nach §§ 307, 521 ist eine Haftung des Schenkers dann nicht begründet, wenn ihm bei der Abgabe des Schenkungsversprechens die Nichtexistenz der Forderung unbekannt war, ohne daß ihm grobe Fahrlässigkeit zur Last fiel. Wie aber, wenn ihm nachträglich die Nichtexistenz der Forderung bekannt wird? Um dieses durch ein Beispiel zu erläutern: A verspricht dem B, die Forderung zu erwerben und zu zedieren, welche dem X gegen Y in Höhe von 100 zusteht. Schon zur Zeit der Abgabe des Schenkungsversprechens war die Forderung durch Zahlung an einen Bevollmächtigten des X getilgt, ohne daß X und A hiervon Kenntnis hatten. Nun zediert X (scheinbar) die Forderung an A; da erfährt dieser, daß die Forderung bereits erloschen ist. Sollte A nun stets von jeder Haftung befreit sein, auch wenn er die angebliche Forderung dem B zur Erfüllung des Versprechens arglistig weiter zediert und dem B später, wenn er die angebliche Forderung einklagt, die Prozeßkosten zur

---

[16]) So auch Oertmann § 307 Anm. 2; Staudinger § 307 Anm. 5; Fischer-Henle § 521 Anm. 3; abweichend Planck § 307 Anm. 1. — Hier mag beiläufig darauf hingewiesen werden, daß m. E. der Komm. von Planck sich selbst widerspricht: In § 521 Anm. wird gesagt: Der Satz, daß der Schenker nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten hat, gilt auch für die Schadensersatzpflicht im Falle des Versprechens einer unmöglichen Leistung gemäß § 307; dagegen sagt § 307 Anm. 1: Nach der vom BGB. strenge festgehaltenen Terminologie in betreff der Ausdrücke „Kennen und Kennenmüssen" dürfte es unzulässig sein, die gesetzlichen Vorschriften über die beschränkte Haftung des Schenkers auch auf die culpa in contrahendo bei der Schenkung anzuwenden.

[17]) So auch Planck § 307 Anm. 1; Staudinger § 307 Anm. 5; abweichend Oertmann § 307 Anm. 4, welcher zum Ausschluß des Ersatzanspruches ein äquivalentes Verschulden fordert.

Last fallen? Dies wäre doch ein unbefriedigendes Ergebnis! M. E. ist vielmehr die Haftung des Schenkers hier ebenso zu bestimmen, wie dies bei der Schenkung aus dem eigenen Vermögen des Schenkers im Falle der donatio cedendo einer nicht existierenden Forderung geschehen ist. Wir werden also den Schenker im Falle des arglistigen Verschweigens der Nichtexistenz der Forderung auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses haften lassen (vgl. oben Abschn. II a).

b) Der Fall der donatio promittendo bezüglich einer in genere bestimmten Forderung.

α) Bezog sich das Schenkungsversprechen auf eine vom Schenker zu erwerbende nur der Gattung nach bestimmte Forderung, so ist die Haftung des Schenkers grundsätzlich ebenso zu bestimmen, wie bei dem Versprechen einer individuell bestimmten Forderung, denn § 523 gilt in gleicher Weise für beide Arten von Schenkungsversprechen; es macht auch keinen Unterschied, ob die Gattung größer oder kleiner ist — z. B. A verspricht dem B, eine zu erwerbende Forderung in Höhe von 100 zu zedieren, oder A verspricht dem B, eine der 50 Forderungen in Höhe von 100 zu erwerben und zu zedieren, welche X gegen Y hat.

Der Schenker ist verpflichtet, zur Erfüllung eine rechtlich mangelfreie Forderung zu zedieren — dies ergibt der Hinweis auf die §§ 433 Abs. 1, 434, 437. Diese Verpflichtung besteht aber nicht nur in dem Falle, daß auch rechtlich mangelfreie Forderungen zu dem genus gehören, sondern ebenfalls dann, wenn das ganze genus aus mangelhaften Forderungen besteht.[18])

Hat nun der Schenker zur Erfüllung des Versprechens eine rechtlich mangelhafte Forderung zediert und war ihm bei dem Erwerbe der Forderung der Rechtsmangel bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt, so kann der Beschenkte Erfüllung, d. h. Zession einer mangelfreien Forderung, event. Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen; und zwar wird die Haftung des Schenkers grundsätzlich auch nicht dadurch beseitigt, daß er dem Beschenkten den Rechtsmangel mitteilt.

[18]) Im Gegensatz zum generischen Schenkungsversprechen des gemeinen Rechtes (§ 4 Abschn. I am Schluß) und zu dem nach BGB. zu beurteilenden generischen Schenkungsversprechen, sofern es sich um eine Schenkung aus dem eigenen Vermögen des Schenkers handelt (§ 7 Abschn. II c). In jenen Fällen ist, sofern das ganze genus aus mangelhaften Forderungen besteht, der Schenker wegen des Rechtsmangels grundsätzlich nicht verantwortlich, weil dort dem Schenker nicht direkt eine Pflicht zur Rechtsverschaffung auferlegt ist.

Eine streitige Frage bedarf hier der Erörterung:

Es war der Antrag gestellt worden (vgl. Prot. S. 28), bei dem Versprechen einer generisch bestimmten Sache dem Beschenkten das Recht zu gewähren, an Stelle der gelieferten, mit einem Rechtsmangel behafteten Sache eine andere mangelfreie Sache zu verlangen; der Antrag wurde von der Mehrheit der Kommission für die zweite Lesung abgelehnt, denn dieser Zusatz enthalte eine durch innere Gründe nicht gerechtfertigte Ausnahme von den allgemeinen Grundsätzen der Eviktionsleistung und stehe überdies mit dem im § 214 des Entwurfes (§ 243 BGB.) zum Ausdruck gelangten Gedanken der Konkretisierung des Schuldverhältnisses im Widerspruch.[19]) — Es könnte demnach hier die Frage aufgeworfen werden, ob der Beschenkte, falls dem Schenker bei dem Erwerbe der Forderung der Rechtsmangel bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt war, Zession einer anderen mangelfreien Forderung verlangen kann.

Diese Frage erledigt sich m. E. durch folgende die Natur der generischen Obligation betreffende Erwägung:

Der Beschenkte kann grundsätzlich die Zession einer rechtlich mangelfreien Forderung, welche zu dem in obligatione befindlichen genus gehört, verlangen; welche Forderung dem Beschenkten zediert werden soll, steht im Ermessen des Schenkers. Bietet der Schenker dem Beschenkten die Zession einer mangelhaften Forderung an, so kann dieser die Zession zurückweisen, denn er hat eine mangelfreie Forderung zu verlangen; es liegt jetzt beim Schenker, ob er die Zession einer anderen mangelfreien Forderung, oder die Zession derselben Forderung bewirken will, nachdem er den Rechtsmangel beseitigt, z. B. den debitor cessus zum Verzicht auf die Verjährungseinrede veranlaßt hat; in beiden Fällen muß der Beschenkte die Zession annehmen. Hat der Beschenkte die Zession in Unkenntnis des Rechtsmangels angenommen,[20]) so bleibt der Anspruch auf Erfüllung, d. h. auf Zession einer zu dem genus gehörigen rechtlich mangelfreien Forderung unberührt, es liegt aber beim Schenker, ob er gegen Rückzession der mangelhaften Forderung dem Beschenkten eine andere mangelfreie Forderung zedieren, oder ob er sein Versprechen dadurch erfüllen will, daß er dem

---

[19]) § 243 Abs. 2: „Hat der Schuldner das zur Leistung einer nur der Gattung nach bestimmten Sache seinerseits Erforderliche getan, so beschränkt sich das Schuldverhältnis auf diese Sache".

[20]) Hat er die Zession in Kenntnis des Rechtsmangels angenommen, so wird meistens ein Verzicht auf das Recht, eine mangelfreie Forderung zu verlangen, anzunehmen sein.

Beschenkten die zedierte Forderung beläßt und den Rechtsmangel beseitigt.[21]) Insbesondere ist es unrichtig — wie Cohn (S. 61) zutreffend ausführt —, zu sagen, durch die Zession der mangelhaften Forderung habe sich gemäß § 243 Abs. 2 das Schuldverhältnis konkretisiert; denn der Schenker hat stets das zur Zession einer generisch bestimmten Forderung seinerseits Erforderliche erst dann getan, wenn er die Forderung so zediert hat, wie sie zu zedieren war, d. h. in rechtlich mangelfreiem Zustande; durch Zession der mangelhaften Forderung hat keine Konkretisierung des Schuldverhältnisses stattgefunden.

Ist dem Beschenkten durch die Zession der mangelhaften Forderung ein Schade (z. B. Prozeßkosten) erwachsen, so hat der Schenker — auch wenn er später durch Zession einer mangelfreien Forderung das Versprechen erfüllt — gemäß § 521 den Schaden zu ersetzen.

Auch hier ist die Geltendmachung der dem Beschenkten zustehenden Ansprüche nicht von einer vorherigen Ausklagung des debitor cessus abhängig.

War endlich dem Schenker bei dem Erwerbe der Forderung der Rechtsmangel unbekannt, ohne daß ihm grobe Fahrlässigkeit zur Last fiel, so ist er von jeder Haftung frei.

Erfährt er in diesem Falle den Rechtsmangel nach dem Erwerbe der Forderung, aber vor ihrer Zession an den Beschenkten, so greift wiederum gemäß § 523 Abs. 1 eine Haftung auf das negative Vertragsinteresse Platz, sofern er den Rechtsmangel arglistig verschwiegen hat.

β) Was die Haftung des Schenkers für den Fall angeht, daß das ganze genus, auf welches sich das Versprechen bezog, nicht existiert,[22]) so ist dieselbe genau ebenso zu bestimmen, wie wir dies für den Fall, daß das Versprechen auf eine erst zu erwerbende nicht existierende Speziesforderung sich bezog, getan haben.

---

[21]) Ist die Beseitigung des Rechtsmangels unmöglich, so bleibt natürlich dem Beschenkten nur der Anspruch auf Zession einer anderen Forderung, event. auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung.

[22]) Dies wird höchstens in dem Falle vorkommen, daß A dem B verspricht, eine der 50 Forderungen in Höhe von 100 zu erwerben und zu zedieren, welche X gegen Y hat, nicht aber in dem Falle, daß A dem B ganz allgemein verspricht, eine Forderung in Höhe von 100 zu erwerben und zu zedieren, denn eine Forderung in Höhe von 100 wird es stets geben.

2. Abteilung.

§ 8.

Die Haftung des Schenkers für die faktische Realisierbarkeit der Forderung.

I.

Die Haftung des Schenkers einer Forderung für ihre faktische Realisierbarkeit wird im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht geregelt. Während der die Haftung des Schenkers für Rechtsmängel regelnde § 523 von Gegenständen handelt, sich somit auch auf Forderungen bezieht, betrifft der die Haftung des Schenkers für faktische Mängel regelnde § 524 nur körperliche Sachen, bezieht sich also nicht auf Forderungen. Wir werden demnach bezüglich unserer Untersuchung nur auf mittelbarem Wege zu einem Ergebnis gelangen; und zwar werden wir das Prinzip, welches uns bei der auf das gemeine Recht bezüglichen Erörterung leitete, auch hier zugrunde legen und sagen müssen: Der Fall, daß eine Forderung wegen eines faktischen Mangels (z. B. Insolvenz des Schuldners) nicht zu realisieren ist, steht dem Fall gleich, daß eine körperliche Sache fehlerhaft ist, denn in beiden Fällen erlangt der Erwerber infolge eines faktischen Hindernisses nicht die Vorteile, welche er zu erlangen beabsichtigte. Wir werden daher die für die Haftung des Schenkers wegen Fehler der Sache geltenden Grundsätze auf die Haftung des Schenkers wegen der auf einem faktischen Hindernis beruhenden Nichtrealisierbarkeit der Forderung entsprechend anwenden.

Die Haftung des Schenkers wegen Fehler der verschenkten Sache regelt § 524:

> Verschweigt der Schenker arglistig einen Fehler der verschenkten Sache, so ist er verpflichtet, dem Beschenkten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen.
>
> Hatte der Schenker die Leistung einer nur der Gattung nach bestimmten Sache versprochen, die er erst erwerben sollte, so kann der Beschenkte, wenn die geleistete Sache fehlerhaft und der Mangel dem Schenker bei dem Erwerbe der Sache bekannt gewesen oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist, verlangen, daß ihm an Stelle der fehlerhaften Sache eine fehlerfreie geliefert wird. Hat der Schenker den Fehler arglistig verschwiegen, so kann der Beschenkte statt der Lieferung einer fehlerfreien Sache

Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Auf diese Ansprüche finden die für die Gewährleistung wegen Fehler einer verkauften Sache geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung.

Hier ist wieder unterschieden zwischen der Schenkung einer Sache, die dem eigenen Vermögen des Schenkers entnommen ist, und der Schenkung einer Sache, die der Schenker erst erwerben sollte; bei letzterer Schenkungsart ist jedoch eine Sonderregelung nur für den Fall getroffen, daß es sich um eine nur der Gattung nach bestimmte Sache handelt. Der Abs. 1 regelt somit die Haftung des Schenkers sowohl für den Fall, daß die verschenkte Sache zu seinem eigenen Vermögen gehörte, als auch für den Fall, daß der Schenker eine erst zu erwerbende in specie bestimmte Sache zu schenken versprochen hatte; der Abs. 2 regelt nur den Fall, daß der Schenker eine erst zu erwerbende in genere bestimmte Sache zu schenken versprochen hatte.

Entsprechend der Untersuchung der Haftung für die juristische Realisierbarkeit der Forderung werden wir auch hier zunächst die Haftung des Schenkers für den Fall, daß die Forderung zu seinem eigenen Vermögen gehörte (Abschn. II), sodann die Haftung für den Fall, daß er eine erst zu erwerbende Forderung zu schenken versprochen hatte (Abschn. III), prüfen. Bei der Schenkung einer zu dem eigenen Vermögen des Schenkers gehörenden Forderung werden wir wiederum die Fälle der donatio cedendo, der donatio promittendo bezüglich einer Speziesforderung und der donatio promittendo bezüglich einer Genusforderung, bei dem auf eine erst zu erwerbende Forderung bezüglichen Schenkungsversprechen den Fall des eine Speziesforderung betreffenden und den Fall des eine Genusforderung betreffenden Versprechens einzeln untersuchen.

II.

a) Der Fall der donatio cedendo:

Erfolgt die Schenkung unmittelbar durch die Zession der Forderung, so haftet der Schenker grundsätzlich nicht für die faktische Realisierbarkeit der Forderung. Nur wenn er die Nichtrealisierbarkeit der Forderung dem Beschenkten arglistig verschwiegen hat, ist er haftbar, und zwar hat er dann dem Beschenkten das negative Vertragsinteresse zu ersetzen.

b) Der Fall der donatio promittendo bezüglich einer in specie bestimmten Forderung.

Erfolgt die Schenkung durch das Versprechen, eine individuell bestimmte Forderung zu zedieren, so gilt dasselbe wie im Falle der donatio cedendo.

c) Der Fall der donatio promittendo bezüglich einer in genere bestimmten Forderung.

Bezog sich das Schenkungsversprechen auf eine in genere bestimmte Forderung (z. B. A verspricht dem B, eine der 50 ihm zustehenden Forderungen in Höhe von 100 zu zedieren), so greifen besondere auf der Eigenart der generischen Verpflichtung beruhende Grundsätze Platz.

Zunächst ist hier § 243 Abs. 1 entsprechend anzuwenden:

Wer eine nur der Gattung nach bestimmte Sache schuldet, hat eine Sache von mittlerer Art und Güte zu leisten.

Das Gesetz spricht zwar nur von der Leistung einer „Sache", und die Kommentatoren und Motive heben ausdrücklich hervor, daß die Vorschrift sich nur auf die Leistung körperlicher Sachen beziehe.[1]) Dennoch werden wir die Vorschrift auf den Fall, daß eine nur der Gattung nach bestimmte Forderung geschuldet wird, analog anwenden müssen. Die Beschränkung der Bestimmung auf die Sachschuld erklärt sich nämlich daraus, daß der Gesetzgeber als Gegensatz nur die Bewirkung einer generisch geschuldeten Handlung im Auge hatte; „nun sind aber generische Obligationen, deren Gegenstand eine Handlung ist, äußerst selten und haben einen so eigentümlichen Charakter, daß sie sich nicht unter allgemeine Regeln subsumieren lassen, bei ihrer Beurteilung vielmehr die besonderen Umstände des einzelnen Falles den Ausschlag geben müssen".[2]) Die Anwendung des § 243 auf denjenigen, der eine generisch bestimmte Forderung schuldet, darf um so unbedenklicher erfolgen, als Staudinger (a. a. O.) die Vorschrift sogar auf gewisse obligationes ad faciendum entsprechend anwenden will.

Als eine Forderung mittlerer Art und Güte kann aber nur eine solche angesehen werden, welche realisierbar ist. Hat der Schenker zur Erfüllung des Versprechens eine Forderung zediert, welche wegen eines faktischen Hindernisses nicht zu realisieren ist, so braucht der Beschenkte die Zession nicht als Erfüllung

---

[1]) vgl. Planck § 243 Anm. 1; Oertmann § 243 Anm. 1a; Staudinger § 243 Anm. 2; Mot. S. 10.

[2]) Mot. a. a. O.

des Versprechens gelten zu lassen, kann vielmehr gegen Rückzession dieser Forderung die Zession einer realisierbaren Forderung verlangen. Hier gilt dasselbe, was oben bei Erörterung der Haftung für die juristische Realisierbarkeit gesagt ist: Bei der Schenkung aus eigenem Vermögen soll der Schenker zwar den Gegenstand nur so gewähren, wie er ihn hat, dennoch ist er verpflichtet, nach Möglichkeit sein Versprechen zu erfüllen, d. h. solange realisierbare Forderungen zu seinem Vermögen gehören, eine solche zu zedieren.

Ist das ganze genus mangelhaft, dann können die eben entwickelten Grundsätze nicht Platz greifen, vielmehr ist durch Zession der nicht realisierbaren Forderung das Versprechen erfüllt.

Ist durch die Zession der mangelhaften Forderung dem Beschenkten ein Schade (z. B. Prozeßkosten) erwachsen, so bestimmt sich eine event. Ersatzpflicht des Schenkers nach § 524 Abs. 1: Sowohl in dem Falle, daß das ganze genus aus nicht realisierbaren Forderungen bestand, wie in dem Falle, daß auch realisierbare Forderungen in demselben enthalten waren, ist der Schenker zum Schadensersatze nur dann verpflichtet, wenn er die Nichtrealisierbarkeit der Forderung arglistig verschwiegen hatte, und zwar hat er dann das negative Vertragsinteresse zu ersetzen.

Für den Fall, daß nicht das ganze genus aus unrealisierbaren Forderungen besteht, ist der Beschenkte auch hier nicht verpflichtet, den Schuldner zuvörderst auszuklagen, vielmehr kann er, sobald er von der Insolvenz des Schuldners glaubhafte Kenntnis erhalten hat, Zession einer anderen Forderung gegen Rückzession der mangelhaften verlangen.

III.

a) Der Fall der donatio promittendo bezüglich einer in specie bestimmten Forderung.

Hat der Schenker die Zession einer in specie bestimmten Forderung, welche er erst erwerben sollte, versprochen, so ist er wegen der auf einem faktischen Hindernis beruhenden Nichtrealisierbarkeit der Forderung nur dann haftbar, wenn er dem Beschenkten die Nichtrealisierbarkeit arglistig verschwiegen hat, und zwar haftet er dann auf das negative Vertragsinteresse. „Kann man in betreff der Rechtsmängel sagen, daß der Schenker auch beim Versprechen individueller Forderung zu ihrem Erwerb den richtigen Berechtigten suchen muß, so ist doch die indi-

viduelle Forderung in tatsächlicher Beziehung nur so verschenkt, wie sie ist, auch wenn sie erst erworben werden soll.“ [3])

b) Der Fall der donatio promittendo bezüglich einer in genere bestimmten Forderung.

Bezog sich das Schenkungsversprechen auf eine erst zu erwerbende, nur der Gattung nach bestimmte Forderung — mag die Gattung größer oder kleiner sein, z. B. A verspricht dem B, eine Forderung in Höhe von 100 zu zedieren, oder A verspricht dem B, eine der 50 Forderungen in Höhe von 100 zu zedieren, welche X gegen Y hat —, so kann der Beschenkte, wenn die zedierte Forderung infolge eines faktischen Hindernisses nicht zu realisieren ist, und dem Schenker bei dem Erwerbe der Forderung ihre Nichtrealisierbarkeit bekannt gewesen oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist, an Stelle der unrealisierbaren Forderung eine andere realisierbare Forderung verlangen; außerdem kann der Beschenkte Ersatz des ihm durch die Zession der mangelhaften Forderung erwachsenen Schadens verlangen.[4]) War dem Schenker die Nichtrealisierbarkeit der Forderung bei ihrem Erwerbe bekannt oder ist sie ihm später, aber vor der Erfüllung des Versprechens bekannt geworden,[5]) und verschweigt er dem Beschenkten arglistig diesen Mangel, so kann der Beschenkte nach seiner Wahl statt der Zession einer realisierbaren Forderung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen.

Etwas anderes muß gelten, wenn das ganze genus aus uneintreibbaren Forderungen besteht (z. B. sämtliche 50 Forderungen sind gegen zahlungsunfähige Schuldner gerichtet). Dann kann der Beschenkte, wenn dem Schenker bei dem Erwerbe der Forderung ihre Nichtrealisierbarkeit bekannt gewesen oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist, nicht Zession einer anderen mangelfreien Forderung verlangen. Er kann m. E. dann aber auch nicht den durch die Zession der mangelhaften Forderung erwachsenen Schaden (z. B. Prozeßkosten) ersetzt verlangen: denn in dem Falle, daß nicht das ganze genus aus mangelhaften Forderungen besteht, ist die Verpflichtung des Schenkers zum Ersatz des durch Zession der mangelhaften Forderung erwachsenen Schadens dadurch begründet, daß er bei der Auswahl der Forderung nicht mit der

---

[3]) Windscheid - Kipp § 366 S. 555, allerdings von der Sachschenkung handelnd.

[4]) vgl. Planck § 524 Anm. 1b.

[5]) vgl. Planck § 524 Anm. 1b; Staudinger § 524 Anm. 3d.

genügenden Sorgfalt verfahren und daher schuldhaft eine unrealisierbare Forderung zediert hat;[6]) wenn jedoch das ganze genus aus uneintreibbaren Forderungen besteht, so kann von einer sorglosen Auswahl und daher schuldhaften Zession nicht die Rede sein, vielmehr hat dann der Schenker der unrealisierbaren Forderung das Versprechen so erfüllt, wie es auch bei Anwendung der größten Sorgfalt nicht besser zu erfüllen war.

Konsequenterweise kann m. E. der Schenker hier auch niemals zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung verpflichtet sein, auch dann nicht, wenn er die Nichtrealisierbarkeit der Forderung dem Beschenkten arglistig verschwiegen hat, denn der Schenker hat ja das Versprechen so gut erfüllt, wie es überhaupt zu erfüllen war. Vielmehr können wir den Schenker, sofern er den Mangel der Forderung arglistig verschwiegen hat, nur auf das negative Vertragsinteresse haften lassen.[7])

War endlich dem Schenker bei dem Erwerbe der Forderung ihre Nichtrealisierbarkeit unbekannt, ohne daß ihm grobe Fahrlässigkeit zur Last fiel, so ist er von jeder Haftung frei.

Erfährt er in diesem Falle den Mangel nach dem Erwerbe der Forderung, aber vor ihrer Zession an den Beschenkten, so haftet er gemäß § 524 Abs. 1 auf das negative Vertragsinteresse, falls er den Mangel arglistig verschwiegen hat.[8])

---

[6]) vgl. Planck § 524 Anm. 1b.

[7]) Es muß zugegeben werden, daß die Auslegung, welche wir dem § 524 Abs. 2 geben, nicht völlig unbedenklich erscheint. Sie steht im Gegensatz zu der dem § 523 Abs. 2 gegebenen Auslegung. Dort (§ 7 Abschn. III b Text bei Anm. 18) lassen wir den Schenker, falls er den Rechtsmangel bei dem Erwerbe der Forderung kannte oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht kannte, auf Erfüllung event. auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung auch für den Fall haften, daß das ganze genus aus rechtlich mangelhaften Forderungen besteht, während wir ihn im letzteren Falle hier grundsätzlich von der Haftung freisprechen. Dennoch dürfte die obige Auslegung zutreffend sein. Denn einmal bringt m. E. das Gesetz durch die Worte: „so kann der Beschenkte verlangen, daß ihm an Stelle der fehlerhaften Sache eine fehlerfreie geliefert wird", zum Ausdruck, daß der Anspruch auf Lieferung einer fehlerfreien Sache nur bestehen soll, sofern fehlerfreie Sachen noch in dem genus enthalten sind; sodann hätte aber, wenn der Schenker auch für den Fall, daß das ganze genus aus fehlerhaften Sachen besteht, zur Lieferung einer fehlerfreien Sache verpflichtet wäre, die im Abs. 2 vorgesehene Steigerung der Haftung keinen Sinn, vielmehr hätte dann der Abs. 2 völlig entsprechend dem Abs. 2 des § 523 abgefaßt werden können. — Ist aber, sofern das ganze genus aus fehlerhaften Sachen besteht, eine Haftpflicht des Schenkers grundsätzlich nicht begründet, so kann m. E. im Falle des arglistigen Verschweigens auch nur eine das negative Vertragsinteresse betreffende Ersatzpflicht in Frage kommen.

[8]) Hiermit steht nicht im Widerspruch, daß wir oben (Text bei Anm. 5) ausgeführt haben, der Schenker hafte, falls er die Nichtrealisierbarkeit der

Nach § 524 Abs. 2 Satz 3 sollen auf die Ansprüche des Beschenkten die für die Gewährleistung wegen Fehler einer verkauften Sache geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung finden. Für unsere Untersuchung kommt besonders § 464 in Betracht. Darnach stehen dem Beschenkten, wenn er die Zession einer infolge eines faktischen Hindernisses nicht eintreibbaren Forderung annimmt, obschon er die Nichteintreibbarkeit kennt, die oben dargelegten Ansprüche nur zu, wenn er sich seine Rechte bei der Annahme vorbehält.[9])

3. Abteilung.

§ 9.

Begriff der Arglist und der groben Fahrlässigkeit.

Untersuchen wir zum Schlusse kurz die für unsere Erörterung so wichtigen Begriffe der Arglist und der groben Fahrlässigkeit. Das Bürgerliche Gesetzbuch definiert sie nicht, sondern überläßt ihre Begrenzung der Wissenschaft.

I.

Die Arglist schließt den Vorsatz ein, arglistig kann nur handeln, wer vorsätzlich handelt. Doch ist keineswegs jedes

---

Forderung arglistig verschwiegen hat, auf das positive Vertragsinteresse — vorausgesetzt, daß nicht das ganze genus aus mangelhaften Forderungen besteht. Denn dort ist Voraussetzung seiner Ersatzpflicht, daß ihm bei dem Erwerbe der Forderung ihre Mangelhaftigkeit bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt gewesen ist und er weiterhin den Mangel arglistig verschweigt. Hier wird aber vorausgesetzt, daß ihm der Mangel bei dem Erwerbe der Forderung unbekannt gewesen ist, ohne daß ihm grobe Fahrlässigkeit zur Last fiel, er jedoch später den Mangel erfährt und arglistig verschweigt. Das Ergebnis ist m. E. nicht befremdlich, denn dort hat er sein Versprechen nicht ordnungsmäßig erfüllt, indem er bei dem Erwerbe der Forderung nicht die ihm obliegende Sorgfalt beobachtet hat — daher die Haftung auf das Erfüllungsinteresse; hier hat er aber sein Versprechen ordnungsmäßig erfüllt, indem ihm bei dem Erwerbe der Forderung ein zu vertretendes Verschulden nicht zur Last fiel, er haftet nur auf Grund seiner wider Treu und Glauben verstoßenden Handlungsweise, entsprechend der Haftung aus einem Delikt — daher die Haftung auf das negative Vertragsinteresse.

[9]) Die Ansprüche, welche dem Beschenkten auf Grund eines arglistigen Verschweigens zustehen, scheiden hier aus, denn wenn der Beschenkte den Mangel der Forderung kennt, kann ein arglistiges Verschweigen des Schenkers nicht in Frage kommen (Staudinger § 524 Anm. 2c; Neumann § 524 Anm. 1).

vorsätzliche Handeln ein arglistiges, vielmehr ist die Arglist gegenüber dem Vorsatz der engere Begriff. Der Begriff der Arglist enthält einen schweren sittlichen Tadel bezüglich der Gesinnung des Handelnden, das Verhalten eines arglistig Handelnden ist unsittlich und verstößt gegen Treu und Glauben. Ein vorsätzliches Verschweigen eines Mangels liegt auch dann vor, wenn der Schenker den Mangel als dem Beschenkten bekannt vorausgesetzt und aus diesem Grunde nicht mitgeteilt hat; hier kann man jedoch nicht dem Schenker eine Handlungsweise vorwerfen, die mit den Anforderungen, welche die Sittlichkeit und Treu und Glauben stellen, im Widerspruch steht. Ein arglistiges Verschweigen liegt vielmehr nur dann vor, wenn der Schenker den Mangel verschweigt in der Absicht, den Beschenkten zu täuschen, wenn z. B. der Schenker der Kenntnis des Mangels durch den Beschenkten — etwa durch die Versicherung, die Forderung sei weder rechtlich noch faktisch mangelhaft — geradezu entgegenwirkt oder den Beschenkten in Sicherheit wiegt.[1])

Wir werden daher sagen: Ein arglistiges Verschweigen liegt stets dann vor, wenn der Schenker den Mangel der Forderung in dem Bewußtsein verschweigt, daß durch die Schenkung für den Beschenkten Nachteile entstehen werden oder können.[2]) Erst dann ist der sittliche Vorwurf gerechtfertigt, den der Begriff der Arglist enthält.

II.

Läßt sich zwecks Begrenzung des Begriffes der Arglist ein abstrakter objektiv bestimmter Maßstab anlegen, so ist dieses bei dem Begriffe der groben Fahrlässigkeit nicht der Fall. Der Begriff der Arglist verlangt in jeder Person dieselben Voraussetzungen ohne Rücksicht auf ihren Bildungsgrad, ihre geistigen Fähigkeiten und ohne Rücksicht auf die besonderen Umstände. Anders bei der groben Fahrlässigkeit. Hier läßt sich ein abstrakter Maßstab, der für jede Person gelte, nicht anlegen. Man wird je nach den Umständen, nach den individuellen Fähigkeiten, Erfahrungen und Geisteskräften zu prüfen haben, welche Sorgfalt und Aufmerksamkeit jemand aufwenden muß, um dem Vorwurf der groben Fahrlässigkeit zu entgehen.[3])

---

[1]) Planck § 443 Anm.; Oertmann § 443 Anm. 2; Cosack § 71 II, 1 b.

[2]) Cohn S. 52; Endemann § 165 Anm. 1.

[3]) vgl. Ortloff S. 319.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.